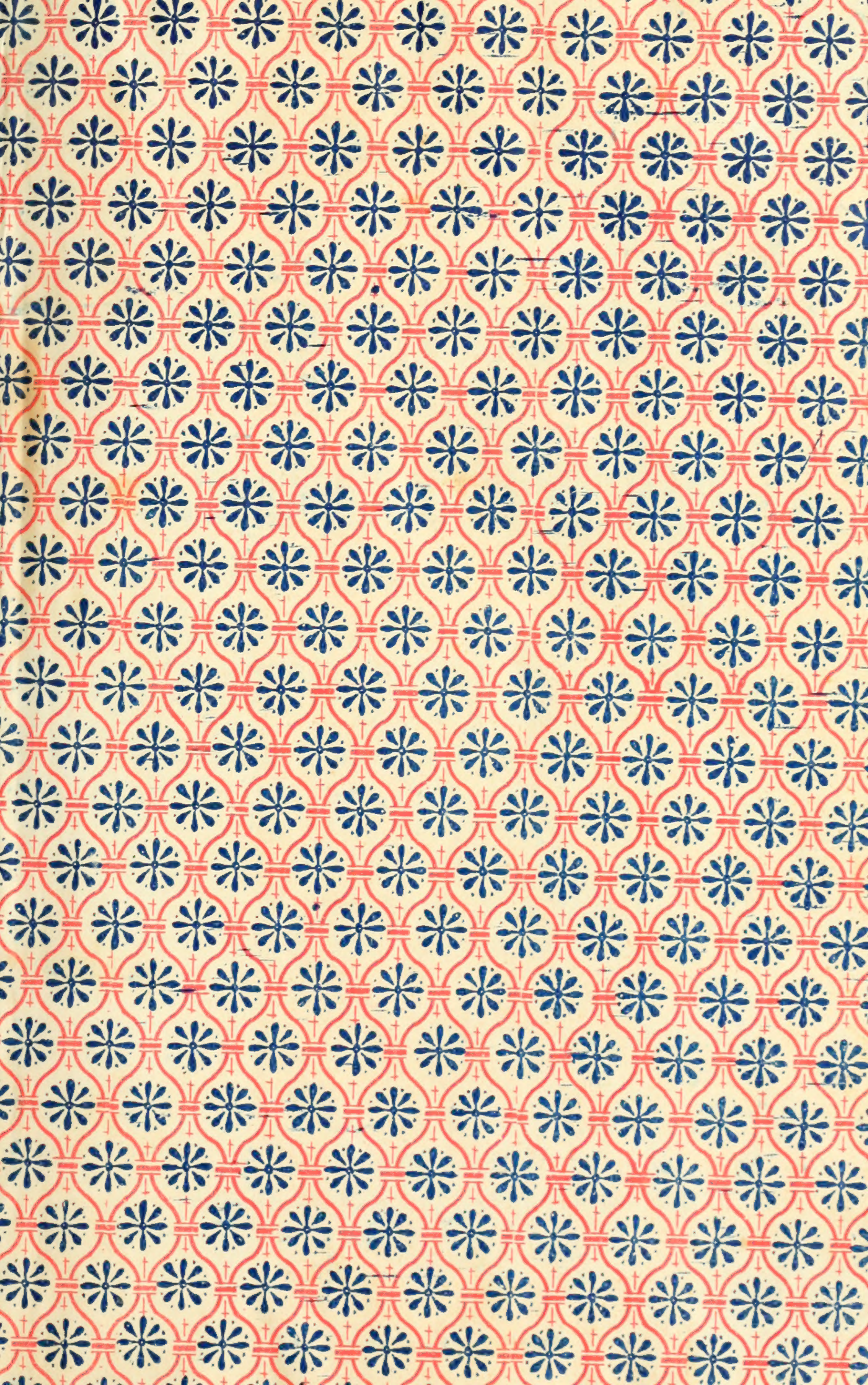

3 1761 06740361 8



UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

LA NOTION DE L'ABUS DES DROITS

dans la

JURISPRUDENCE MUSULMANE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Es-Sciences juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

PAR

MAHMOUD FATHY

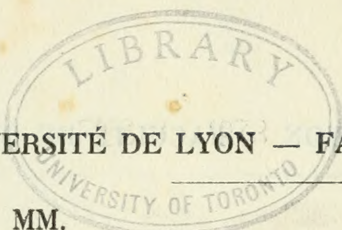
Avocat au Tribunal de Beni Souëf



SAINT-ÉTIENNE

SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE A. MULCEY

—



UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✻, I. ✪, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

THALLER, ✻, I. ✪, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ✪, professeur honoraire.

FLURER, I. ✪, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. ✪, professeur de Droit criminel, correspondant de l'Institut.

APPLETON (Charles), I. ✪, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✻, I. ✪, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ✪, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ✪, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ✪, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. ✪, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ✪, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ✪, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, I. ✪, professeur d'Economie politique.

HUVELIN, I. ✪, professeur de Droit romain.

LÉVY, I. ✪, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ✪, professeur d'Histoire des Doctrines Economiques et d'Economie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ✪, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. ✪, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. LAMBERT, professeur.

Assesseurs : MM. JOSSERAND, professeur.
BOUVIER-BANGILLON, professeur.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Ma curiosité a été aiguillée du côté de la théorie musulmane de l'abus des droits par l'étude de la théorie correspondante qui, vers le tournant du XIX[e] et du XX[e] siècles, s'est dégagée dans la civilistique française. C'est la méditation des suggestifs travaux consacrés à l'analyse de cette dernière par MM. Saleilles et Josserand, qui m'a fait comprendre la véritable portée sociale et toute la puissance d'action juridique de la doctrine proclamée par le Qorân *et développée par de nombreuses générations de savants musulmans.*

J'aborde l'examen de cette doctrine avec une double préoccupation : 1° préoccupation de faire œuvre honnête et sincère d'observation scientifique en analysant et décrivant impartialement et objectivement les productions de la jurisprudence islamique; 2° préoccupation de retirer de cette observation, soit des éléments de comparaison avec les constructions doctrinales de la science européenne que je viens d'étudier pendant mon séjour à l'Université de Lyon, soit des directions pour l'interprétation et la mise en œuvre de la jurisprudence actuelle de mon pays.

Pour éviter que ces deux sortes de préoccupations puissent se contrarier ou tout au moins s'influencer fâcheusement, j'ai jugé nécessaire de diviser mon exposé en deux parties inspirées d'un esprit et de méthodes essentiellement différentes, l'une spéculative et comparative, l'autre purement descriptive et historique.

Dans la première partie, j'ai énuméré les services qu'une analyse attentive de la théorie musulmane de l'abus des droits me semble devoir rendre tant à la science des législations comparées qu'à la jurisprudence laïque de

l'Egypte contemporaine, et j'ai essayé de situer cette théorie à sa place naturelle dans l'ensemble des productions similaires d'autres civilisations, en marquant les particularités qui la différencient de la doctrine occidentale et spécialement de la doctrine française correspondante, soit au point de vue de sa sphère d'application, soit au point de vue de ses procédés de réalisation.

Dans une seconde partie, abandonnant le terrain de la spéculation juridique et l'exposé de mes vues personnelles, je me suis cantonné dans une étude strictement interne et objective de la doctrine musulmane de l'abus des droits dont j'ai cherché à reconstituer la formation historique depuis les origines coraniques jusqu'à l'époque contemporaine. Dans cette seconde partie, je me suis le plus possible effacé derrière mes auteurs et mes garants et n'ai jamais hésité à sacrifier le souci de l'élégance logique et même de la clarté de l'exposition à la préoccupation plus haute de l'exactitude et de la sincérité de la documentation.

J'ai dû toutefois faire une sélection raisonnée parmi les matériaux de la littérature arabe qui intéressent l'histoire du développement de notre doctrine. Ils sont beaucoup trop nombreux et trop touffus pour qu'il me soit possible de les présenter tous au lecteur sans risquer de le rebuter par d'interminables et de fastidieuses redites. J'ai dû me borner à retenir seulement dans mon bagage de documentation, soit celles des œuvres anciennes de la science islamique qui ont exercé une influence réellement appréciable sur l'évolution de notre doctrine ou en marquent quelque tournant décisif, soit ceux des livres des écrivains relativement modernes qui donnent l'exposé le plus précis

et le plus complet des conceptions définitives du fiqh *(1) en notre matière. J'ai d'ailleurs strictement limité mes recherches dans le cercle de la littérature sonnite et me suis abstenu de toute incursion sur le domaine de la littérature Chia'ite.*

Les ouvrages qui ont constitué mes instruments essentiels de travail sont les suivants, que j'énumère dans l'ordre des chapitres de mon exposition historique où ils seront utilisés :

DES OUVRAGES

1) *Le Qorân.*

القرآن الكريم

2) T'ABARY. *Tafsir,* édition de Boulaq, 1325.

تفسير الطبري مطبوع بالمطبعة الاميرية

ببولاق سنة ١٣٢٥ هجرية

3) ZAMAKHCHARY. *Kachchaf,* 2e édition de Boulaq, 1318.

الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون

الاقاويل في وجوه التأويل للعلامة الجه

---

(1) Le fiqh *est dans l'islam l'équivalent du droit dans l'Europe actuelle, mais avec une portée plus extensive. Il régit non seulement les obligations des hommes dans leurs rapports entre eux, mais aussi leurs obligations envers Dieu.*

القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري

الخوارزمي مطبوع بالمطبعة الاميرية ببولاق

سنة ١٣١٨ هجرية طبعة ثانية

4) BAÏD'AOUY. *Tafsir,* édition de l'imprimerie ottomane (Constantinople), 1305.

انوار التنزيل واسرار التأويل للبيضاوي

مطبوع بالمطبعة العثمانية بالقسطنطينية سنة ١٣٠٥ ه

5) AL BOKHARY. *Çah'ih'*, édition de l'imprimerie Al Charqîîah (Le Caire), 1304.

صحيح البخاري لابي عبد الله محمد بن اسماعيل

ابن ابراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخاري

الجعفي مطبوع بالمطبعة الشرقية سنة ١٣٠٤ ه

6) AH'MAD IBN H'ANBAL. *Mosnad,* sans indication de lieu ni de date.

مسند الامام ابي عبد الله احمد بن محمد

ابن حنبل الشيباني المروزي

7) MALEK. *Çah'ih' Al Mouat't'â* avec *commentaire de Zourqany,* édition de Boulaq, 1314.

صحيح الموطأ للامام مالك بن انس

مع شرح العلامة محمد الزرقاني مطبوع

بالمطبعة الاميرية سنة ١٣١٤ هـ

8) MALEK. *Al Modaouanah*, édition de l'imprimerie d'Al Sa'adah (Le Caire), 1323. (Cet ouvrage, bien qu'intitulé Modaouanah Malek, est rédigé par Sah'noun).

المدونة الكبرى للامام مالك بن انس

الاصبحي رواية سحنون عن الامام "

عبد الرحمن بن القاسم مطبوع بمطبعة السعادة

سنة ١٣٢٢ هـ

9) CHAFE'Y. *Al Omm*, édition de Boulaq, 1321.

كتاب الام تأليف ابي عبد الله محمد بن

ادريس الشافعي مطبوع بالمطبعة الاميرية

سنة ١٣٢١

10) MOZANY. *Mokhtaçar*, imprimé sur la marge de Al Omm.

مختصر المزني للامام اسمعيل بن يحيى المزني

مطبوع على هامش كتاب الام

11) ABOU-YOUSEF. *Kitab Al Kharadj*, édition de Boulaq, 1302.

كتاب الخراج للامام ابي يوسف يعقوب

ابن ابرهيم مطبوع بالمطبعة الاميرية سنة

١٣٠٢

12) MOH'AMMAD AL CHAÏBANY. *Kitab Al Djamè Al Çaghir,* imprimé sur la marge du Kitab Al Kharadj.

كتاب الجامع الصغير في الفقه للامام محمد

ابن الحسن مطبوع على هامش كتاب الخراج

13) AL GHAZALY. *Ihïâ 'Oloum Al Din*, édition de l'imprimerie Maïmanïah (Le Caire), 1322.

احياء علوم الدين للامام ابي حامد محمد

ابن محمد بن محمد الغزالي مطبوع بالمطبعة

الميمنية سنة ١٣٢٢ هـ

14) AL DJAOUAZÏAH. *I 'lam Al Mouaqe 'in 'an Rab Al 'Alamin*, édition de Delhi, 1314.

اعلام الموقعين عن رب العالمين تأليف
شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر
ايوب الزرعي المعروف بابن القيم الجوزية
مطبوع بدلهي سنة ١٣١٤

15) IBN AL HAMMAM. *Charh' Fath' Al Qadir*, édition de Boulaq, 1316.

كتاب شرح فتح القدير تأليف الامام
كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفي سنة ٨٦١ هـ مطبوع بالمطبعة الاميرية
ببولاق سنة ١٣١٦ هـ

16) QADY ZADAH. *Nataïdj Al Afkar*, imprimé à la suite Fath' Al Qadir.

نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى
شمس الدين احمد المعروف بقاضي زاده
المتوفى سنة ٩٨٨ مطبوع مع فتح القدير

17) BOURHAN AL DIN ALY IBN ABY BAKR AL MARGHAÏANY. *Al Hidaïah Charh' Bidaïat Al Moubtady*, imprimé avec Fath' Al Qadir.

الهداية شرح بداية المبتدي تأليف برهان
الدين علي بن ابي بكر المرغيناني المتوفى
سنة ٥٩٢ هـ مطبوع مع شرحه شرح فتح
القدير

18) AL BABARTY. *Charh' Al'Enaïah* sur *Al Hedaïah*, imprimé sur la marge de Fath' Al Qadir.

شرح العناية على الهداية للامام اكمل الدين
محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ

مطبوع على هامش فتح القدير

19) SA'DY CHALABY. *Hachïat,* commentaire sur Al Enaïah et Al Hidaïah.

حاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى

المفتى الشهير بسعدى چلبى و بسعدى افندى

المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية و الهداية

20) ZAÏLA'Y. *Charh' Kinz Al Daqaïq,* édition de Boulaq, 1314.

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف

الإمام فخر الدين عثمان بن على الزيلعى

الحنفى

21) MOHAMMAD AL CHERBINY AL KHATIB. *Al Eqna',* édition de l'imprimerie d'Al Maïmanïah (Le Caire), 1306.

الاقناع فى حل ألفاظ ابى شجاع للعلامة

الشيخ محمد الشربينى الخطيب مطبوع بالمطبعة

الميمنية سنة ١٣٠٦

22) IBN ‘ABDIN. *Rad Al Meh’tar,* édition de Boulaq, 1299.

حاشية رد المحتار على الدر المختار للمرحوم السيد محمد امين المعروف بابن عابدين

مطبوع بالمطبعة الاميرية سنة ١٢٩٩ هـ

23) MOHAMMAD ZEÏD et MOHAMMAD SALAMAH. *Charh’ Morchid Al H’aïran,* édition de l’imprimerie Al Oua‘ez (Le Caire), 1325.

شرح مرشد الحيران تأليف محمد زيد الابياني ومحمد سلامه السنجلفي مطبوع

بمطبعة الواعظ سنة ١٣٢٥ هـ

24) *Al Medjalah,* Code civil ottoman.

المجلة

25) *Al hocouc.* Revue législative judiciaire.

26) Bulletin officiel des tribunaux indigènes.

Les documents qui forment les sources de mon étude sont tous écrits en langue arabe. La plupart d’entre eux n’ont pas encore été l’objet de traductions dans l’une des grandes langues européennes qui constituent aujourd’hui

les monnaies internationales d'échange de la pensée scientifique. Je me suis contenté d'ordinaire d'en reproduire le contenu en langue française en laissant au lecteur le soin de vérifier par lui-même, si bon lui semble, l'exactitude de ma reproduction, par une consultation directe des textes originaux. Je ne me suis départi de cette attitude qu'en ce qui concerne les versets du Qorân qui tiennent une assez grande place dans mon exposition et dont l'esprit ne peut pas toujours être rendu dans une traduction française sans substituer la paraphrase à la version juxtalinéaire. J'ai pensé, pour cette raison, qu'il convenait de ne jamais séparer la lettre arabe du livre saint d'une interprétation française, nécessairement toujours imparfaite, et de permettre à ceux de mes lecteurs qui sont familiarisés au maniement de ma langue maternelle de retrouver au bas de mes pages les textes coraniques que j'ai utilisés et commentés.

J'ai pu ainsi éviter, en ce qui concerne le Qorân, les difficultés insolubles que soulève la transposition en caractères français des noms propres et des mots intraduisibles qui se rencontrent dans tout document arabe. On sait assez que jusqu'ici aucun des systèmes de transcription proposés ou pratiqués n'a pu désarmer la critique. Je me suis bien gardé de m'engager dans des recherches qui ressemblent à celles de la quadrature du cercle et je me borne à employer pour mon usage personnel le système suivi par M. F. Peltier, dans son excellente étude sur le livre des ventes du Çah'ih'-d'el-Bokhari et dont voici les bases :

ا	a	ض	d'
ب	b	ط	t'
ت	t	ظ	z'
ث	ts	ع	c
ج	dj	غ	gh
ح	h'	ف	f
خ	kh	ق	q
د	d	ك	k
ذ	dh	ل	l
ر	r	م	m
ز	z	ن	n
س	s	ه	h
ش	ch	و	cu, o
ص	ç	ي	i, ï, y

Je ne veux pas clore ces explications préliminaires sans adresser mes remerciements aux Maîtres français dont l'enseignement m'a fourni les connaissances et les disciplines intellectuelles nécessaires pour me permettre d'entreprendre ce travail. Je tiens à exprimer ici la profonde gratitude que j'éprouve pour l'accueil bienveillant et l'aide généreuse que j'ai constamment rencontrés au cours de mes études, près des professeurs de cette grande et hospitalière Université de Lyon qui offre aujourd'hui aux étudiants orientaux, et notamment à mes compatriotes d'Egypte, un foyer d'éducation scientifique incomparable — et peut-être même unique en Europe — soit au point de vue de l'adaptation des enseignements à leurs besoins, soit par la variété et l'ingéniosité des œuvres de tutelle et d'hospitalité scolaire destinées à leur usage. J'adresse tout particulièrement l'hommage de ma reconnaissance à M. le professeur Josserand dont les originales et passionnantes leçons de droit civil, qui donnent à l'auditeur une si claire compréhension du mécanisme interne d'élaboration de la jurisprudence française, m'ont révélé pour la première fois la position technique et l'intérêt pratique du problème doctrinal dont j'aborde ici l'examen et dont les suggestifs travaux et les inestimables conseils m'ont guidé et soutenu tout le long de ma route; et, avant tout, à M. le professeur Lambert qui m'a ouvert aussi largement que possible les portes de l'excellent laboratoire d'études supérieures qu'offre à l'étudiant égyptien son séminaire oriental d'études juridiques et sociales; qui, pendant mes trois ans de séjour à l'Université de Lyon, a suivi avec une inlassable sollicitude la marche de mes études et de mes recherches et qui, grâce à sa compétence en matière de jurisprudence musulmane et à sa solide connaissance des institutions juridiques de mon pays, a pu me

fournir les plus précieuses et les plus efficaces directions pour le choix et le dépouillement de mon matériel de sources et pour l'élaboration de la présente monographie.

Et maintenant que l'heure est venue pour moi de reprendre ma route vers ceux qui veillèrent sur ma jeunesse, vers ceux qui seront heureux et fiers de me voir revenir plus homme, plus apte à servir la cause de ma patrie, qu'il me soit permis de dire enfin l'émotion faite de joie et de regret que je ressens. En composant cette étude, je pensais éprouver une joie sans mélange le jour où elle serait terminée. A présent que ce jour est arrivé, c'est un regret profond que je trouve en moi : le regret de quitter un pays où quelque chose restera indéfiniment de mon cœur.

PREMIÈRE PARTIE

Les relations de la théorie musulmane de l'abus des droits avec le droit comparé occidental et avec la jurisprudence égyptienne contemporaine.

1. Un bref article de M. Marcel Morand, paru dans la Revue Algérienne et Tunisienne et réimprimé en 1910 dans ses *Etudes de droit musulman algérien* (1), a déjà attiré l'attention des juristes européens sur certaines décisions de la jurisprudence islamique, qui présentent une analogie frappante avec les principales applications pratiques de l'une des constructions doctrinales les plus en vogue à l'heure actuelle dans la littérature civilistique française (la théorie de l'abus du droit).

Il m'a semblé que le sujet d'études signalé et jalonné par le savant doyen de la Faculté de droit d'Alger, méritait d'être l'objet de recherches plus approfondies et plus minutieuses, qu'il constituait un terrain particulièrement propice d'investigations scientifiques pour un musulman formé à l'école de la science française, et que

(1) Pages 297-310.

j'avais quelques chances de faire œuvre utile en rassemblant, pour en tenter la synthèse, les éléments d'une doctrine musulmane de l'abus du droit, qui sont épars, non seulement dans les monuments anciens et modernes du *fiqh*, mais aussi dans les Codes égyptiens et dans les productions des jurisprudences laïque et religieuse de mon pays.

Cette étude m'a paru présenter un triple intérêt.

CHAPITRE I

La théorie européenne de l'abus des droits. — Utilité d'une confrontation avec la théorie musulmane.

2. Notre sujet offre, d'abord, un intérêt d'ordre documentaire au point de vue du droit comparé. La théorie occidentale de l'abus du droit n'a pas encore derrière elle un passé assez long et n'a pas suffisamment subi l'épreuve décisive de l'application pratique et de la discussion judiciaire pour qu'il soit possible aux juristes européens d'en juger, en pleine connaissance de cause, l'utilité juridique et la valeur sociale, et de prévoir toutes les difficultés que peut en soulever la mise en œuvre.

Mon éminent maître, M. L. Josserand, a signalé, il est vrai, des applications pratiques de l'abus du droit jusque dans le droit romain de l'époque classique et dans le droit romain de l'époque chrétienne (1). Des listes de

(1) **Josserand.** — *De l'abus des droits.* — Paris, Rousseau, 1905, p. 10-12. D'autres précédents romains ont aussi été signalés par **Windscheid**, *Pandekten*, I, § 121, et surtout par **Pernice**, *Labeo*, II, 2e édition, pages 57 et suiv. **Endemann**, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (précis de droit civil), 6e **édition**, 1899, I, p. 360, § 86, note 3.

solutions analogues pourraient plus aisément encore être dressées pour le droit canonique occidental des temps médiévaux. Mais ces précédents lointains et subconscients qui, en tous cas, ont échappé à toute tentative de systématisation théorique, ne paraissent pas avoir exercé d'influence directe sur la formation de la doctrine contemporaine de l'abus du droit (1).

3. Les premiers germes de la doctrine occidentale de l'abus du droit doivent être cherchés dans cette curieuse œuvre de transition entre les rédactions officielles de coutumes provinciales et les grandes codifications nationales du XIX[e] siècle, qu'est le *Landrecht* général prussien de 1794.

Dans quelques-uns de ses titres les plus fortement influencés par la pensée philosophique du XVIII[e] siècle (2), et où l'on peut trouver le prototype de la méthode de spéculation doctrinale suivie dans la partie générale du

---

(1) M. Appert, dans sa note sous le jugement du Tribunal civil de Sedan du 17 décembre 1901. S. 1904, II, 217, a rassemblé aussi un certain nombre de précédents tirés du droit coutumier français des trois derniers siècles de l'ancien régime. Mais, c'est exagérer notablement l'importance et la signification de ces documents qu'en conclure, comme le fait M. Beudant : *Cours de droit civil ; — contrats et obligations*, p. 758, que la principale règle constitutive de la théorie de l'abus des droits était déjà considérée comme certaine par les juriconsultes de l'ancienne France. Les textes cités par M. Appert, dans la première partie de sa note, sont relatifs à la réglementation des servitudes légales. Quant aux passages empruntés à Guy Coquille, Challine, Domat et à d'autres auteurs anciens, ils constituent des manifestations de l'idée, fort ancienne, d'équité qui a pris corps de nos jours dans la doctrine de l'abus du droit, mais non pas les premières traces d'une expression réfléchie et systématique de cette doctrine.

(2) Sur ces influences : Saleilles : *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. Paris, 1904, p. 8-9, et les monographies allemandes citées par lui.

Code civil allemand, le *Landrecht* de 1794 a jeté les premières bases de la distinction entre l'exercice et l'abus du droit. L'idée maîtresse qui a aiguillé vers cette distinction le législateur prussien de 1794, s'affirme clairement dans l'introduction consacrée aux principes généraux du droit et dont les paragraphes 94 et suivants tendent à résoudre le problème de la collision des droits :

§ 94 : « Celui qui exerce son droit conformément « aux lois n'est pas obligé de réparer le préjudice causé « à cette occasion. »

§ 95 : « Si le droit de l'un contrarie l'exercice du « droit de l'autre, le droit le plus faible doit céder au « plus fort. »

§ 96 : « En l'absence de dispositions spéciales des « lois, celui qui cherche dans l'exercice de son droit un « avantage doit céder le pas à celui qui se préoccupe « uniquement d'éviter un préjudice. »

§ 97 : « Si les deux droits qui entrent en collision « sont de même qualité, chacun des ayants droit doit « abandonner de son droit autant qu'il est nécessaire « pour que l'exercice des deux droits puisse avoir lieu « également. »

Ce sont ces conceptions initiales sur la solution à donner au problème de la collision des droits qui ont amené le *Landrecht* prussien à formuler le principe que tout exercice du droit n'est pas nécessairement légitime et qu'il peut y avoir des formes d'exercice illicites.

Le principe est proclamé en termes très généraux dans les paragraphes 36 et 37 du titre 6 de la première partie, qui traitent des droits et des devoirs naissant des actes illicites :

§ 36 : « Celui qui exerce son droit dans l'intérieur de « ses limites propres n'est pas obligé de réparer le « dommage qui en résulte pour un autre. »

§ 37 : « Mais il doit le réparer lorsqu'il ressort « clairement des circonstances que, *entre plusieurs modes « possibles de l'exercice de son droit, il a choisi celui qui « est dommageable à autrui, dans l'intention de lui porter « préjudice.* »

Le *Landrecht* a, enfin, prévu une application particulièrement importante de ce principe dans le titre de la propriété (1re partie, titre 8, § 26-28) :

§ 26 : « Tout usage de la propriété est permis et « régulier, qui ne lèse point les droits régulièrement « acquis d'autrui et ne dépasse pas les limites prescrites « dans les lois de l'Etat. »

§ 27 : « *Personne ne peut mésuser de sa propriété « pour léser autrui et lui porter préjudice.* »

§ 28 : « *Est mésusage tout usage de la propriété qui, « de par sa nature, ne peut avoir d'autre but que de léser « autrui.* »

4. Ces dispositions du *Landrecht* de 1794 sur l'abus des droits présentaient déjà, il faut le reconnaître, une réelle ampleur et une certaine précision. Mais elles sont, en grande partie, restées lettre morte, par suite, soit de la subsidiarité du *Landrecht*, soit d'une tendance de la doctrine peu favorable au développement des idées originales de cette codification prussienne. Elles n'ont guère frappé la curiosité des juristes du dehors pendant la majeure partie du XIXe siècle, où la direction du mouvement international de la science juridique a été

monopolisée par le Code civil français et par l'usage moderne des Pandectes.

Même dans le domaine restreint du droit prussien, il ne semble pas qu'elles aient reçu un accueil favorable de la part de la pratique. La jurisprudence prussienne ne les a guère invoquées que pour justifier des solutions relatives aux conflits de voisinage créés soit par les établissements dangereux, insalubres ou incommodes, soit par les rapports entre la propriété forestière et la propriété agricole, solutions auxquelles elle aurait pu arriver par d'autres voies (1).

La doctrine, loin de les développer, a plutôt travaillé à les paralyser et à les étioler en les rapprochant des conceptions opposées du droit commun allemand. Cette tendance est déjà très visible chez les commentateurs du *Landrecht* restés fidèles à la méthode exégétique, comme Koch et les éditeurs plus récents de son commentaire, qui n'hésitent pas à déclarer, à propos de l'article 96 de l'introduction, que l'étude des origines de cette disposition, très contestable dans sa généralité, conduit à ce résultat que la règle ne peut avoir qu'une application limitée, en supposant même qu'elle ait une signification pratique (2); qui glissent sans insister sur l'article 37 du titre 6 de la première partie (3); et qui, dans leur note sur l'article 27 du titre 8 de cette même première partie, se contentent d'opposer la conception du droit commun,

---

(1) Sur l'analyse de cette jurisprudence : **Koch**, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (droit général du pays pour les états prussiens), réédité par Förster, Iohow, Hinschius, Achilles et Dalcke, septième édition, Berlin, 1878, tome I, p. 362-363, note 35.

(2) *L. C.* I, p. 68, note 101.

(3) *L. C.* I, p. 279, note 36.

c'est-à-dire du droit romain moderne, à la disposition du *Landrecht* et d'affirmer que la science du droit prussien s'en tient aux maximes du droit commun (1). Et la tendance à dissimuler ces créations particularistes du *Landrecht* sous la patine uniformisante du droit commun n'a pu que s'accentuer dans les œuvres d'interprétation à allure synthétique, comme celle de Dernburg (2), et de Fœrster-Eccius (3).

5. Le germe semé par le législateur de 1794, resté infécond jusqu'à la fin du XIX[e] siècle, s'est enfin développé et a pu pénétrer dans le courant de la jurisprudence comparative d'Occident par l'intermédiaire du Code civil allemand de 1896-1900. Et, pourtant, les spécialistes chargés de la préparation technique du Code civil allemand n'avaient manifesté aucune prédilection pour la doctrine prussienne de l'abus du droit. Cette doctrine était encore absente, soit dans le projet de la première Commission, soit dans les deux textes successivement arrêtés par la seconde Commission (4). Elle a été introduite, timidement et à une place effacée, dans le projet de codification civile d'empire par le *Bundesrath*, qui reproduit dans l'article 887 de son texte, l'équivalent des

---

(1) *L. C.* I, p. 362, note 34.

(2) Déjà dans la première édition de son *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts* (précis de droit privé prussien), 1879, tome I, p. 465-466.

(3) Fœrster : *Preussisches Privatrecht* (droit privé prussien), réédité par Eccius, septième édition, tome I, p. 86-87.

(4) *Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. 1888*, I, 274-275 (motifs sur le projet d'un Code civil). — *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G. B.* (protocolles de la Commission pour la seconde lecture d'un projet de Code civil) 1889, I, 476, et s.

dispositions des articles 27 et 28 du titre 8 de la première partie du *Landrecht*, et consacre ainsi la seule des applications de notre doctrine qui ait attiré quelque peu l'attention de la jurisprudence prussienne : celle qui concerne les rapports entre propriétaires (1).

Cette reconnaissance, limitée à un domaine juridique particulier, fut transformée en une consécration générale, en un principe dominant toute la sphère du droit civil, au cours des discussions de la Commission parlementaire du Reichstag, et l'innovation réalisée en séance de Commission fut acceptée sans débat en séance plénière (2).

Finalement, le Code civil allemand a accueilli, dans son texte définitif, deux dispositions relatives à l'exercice abusif du droit :

1° Une disposition de principe, l'article 226 : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut « avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui. »

2° Un texte faisant application du principe aux actes juridiques et, en particulier, au domaine des relations contractuelles, l'article 138, deuxième alinéa :

Art. 138. — 1° « Un acte juridique qui porte atteinte « aux bonnes mœurs est nul. »

Art. 138. — 2° « Est nul en particulier un acte juridique « par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté

---

(1) Sur le rapport entre la disposition du *Landrecht* prussien et l'innovation du *Bundesrath* : **Endemann,** *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (précis de droit civil), I, § 85, p. 358. Cf. *Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.* (mémoire sur le projet d'un Code civil), 1896, p. 126.

(2) *Erste, zweite und dritte Berathung des Entwurfs eines B. G. B.* (première, seconde et troisième discussion du projet d'un Code civil) 1896, p. 244. Sur les discussions de la Commission parlementaire : **Endemann :** L. C. I, § 85, note 2.

« ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un « tiers, qu'en échange d'une prestation, on promette ou « l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent « de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant « compte des circonstances, ces avantages soient, par « rapport à la prestation, dans une disproportion « choquante. »

Les premiers commentateurs français du Code civil allemand (1), suivant sur ce point les traces de Planck et de ses collaborateurs (2), ont cru devoir allonger la liste des dispositions consacrées par le nouveau Code à la théorie de l'abus du droit, en ajoutant aux deux textes que je viens de reproduire, non seulement la prescription du premier alinéa de l'article 138 qui se relie au moins à l'une des applications pratiques de la notion de l'exercice abusif des droits par le lien extérieur de l'incorporation dans le même article, mais aussi la disposition de l'article 826, qui porte : « Quiconque, intentionnellement, cause dom-« mage à un autre, d'une manière qui porte atteinte aux « bonnes mœurs, est obligé envers cet autre à la réparation « du dommage. »

J'estime que ces deux dernières dispositions se meuvent, en réalité, sur des terrains limitrophes, mais distincts de celui de l'abus du droit, et qu'elles ne peuvent servir qu'à illustrer le caractère et la portée de la doctrine allemande de l'abus du droit en la confrontant avec des

(1) Voir notamment les notes de la traduction du Code civil allemand faite pour le compte du Comité de législation étrangère, dans la *Collection des principaux Codes étrangers*, tome I, p. 334-336 et 154-156, II, p. 392-93.

(2) **Planck** : *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil), I, p. 277-278.

théories apparentées dont la sphère d'action empiète fréquemment sur la sienne.

En s'appropriant, avec quelques réfections ou quelques précisions de détail, la doctrine esquissée par le législateur de 1794, le nouveau Code allemand l'a fait bénéficier de sa puissante publicité et lui a permis d'échapper à la pénombre anémiante du droit prussien, pour s'épanouir au grand jour de la science juridique européenne.

6. C'est la force d'attraction de la nouvelle législation d'Empire qui a amené la pénétration de la notion de l'exercice abusif des droits dans le Code civil suisse de 1907 (1), c'est-à-dire dans une œuvre législative qui prend une importance de premier plan, au point de vue du droit comparé, par suite de ce fait que ses dispositions sont le résultat, parfois d'une conciliation, mais plus souvent d'une lutte entre les traditions juridiques françaises de la Suisse romande et les traditions germaniques prédominantes dans les cantons de langue allemande.

Là encore, le concept de l'abus du droit ne s'est développé, au cours des travaux préparatoires, qu'après tâtonnement et par gradation. L'avant-projet, publié en 1900 par le département fédéral de justice et de police, n'en admettait encore qu'une application limitée au cercle des rapports de propriété, et son article 644, devenu aujourd'hui 641, faisait suivre l'alinéa 1 : « Le propriétaire « d'une chose a le droit d'en disposer librement dans les « limites de la loi », d'un alinéa 2 ainsi conçu : « Il peut « en user de la manière la plus absolue, pourvu qu'il ne « le fasse pas dans le but évident de nuire à autrui. » Le

---

(1) Sur les précédents locaux de la théorie, voir toutefois : Tribunal fédéral suisse, 2 février 1895, S. 98, I. 493, avec la note de M. Meynial.

projet de 1904 a fait disparaître cet alinéa de l'article 641 actuel, et l'a remplacé par une disposition plus générale, placée en tête du titre préliminaire, pour mieux marquer son caractère de règle fondamentale, applicable indistinctement à tous les chapitres du droit privé. Cette disposition, plus large, du projet de 1904 a donné naissance, après quelques modifications de rédaction, dans le texte définitif du Code civil suisse, à l'article 2 qui porte : « chacun est tenu d'exercer ses droits et ses obligations « selon les règles de la bonne foi. » *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* (1).

7. C'est également sous la même influence germanique que s'est opérée la cristallisation, dans la doctrine française, des éléments confus et amorphes d'une théorie de l'abus des droits, jusque-là épars dans les décisions des tribunaux (2), et dans la littérature des analyses et synthèses de

---

(1) La disposition correspondante du projet de 1904, art. 3, disait : « Celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale. »

(2) Si l'on fait abstraction d'arrêts tout à fait isolés de la Cour de Toulouse du 12 juillet 1823 et de la Cour de Cassation du 11 juillet 1826, les plus anciennes décisions judiciaires invoquées par les défenseurs de la théorie de l'abus du droit remontent aux années 1854 à 1856 (**Saleilles**, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, p. 325 et s.; **Josserand**. *De l'abus des droits*, 1905, p. 20 et s.). Mais, il ne s'agissait encore là que de rares décisions d'espèce noyées dans un courant général de jurisprudence inspiré d'un tout autre esprit. C'est seulement dans la dernière moitié du XIX[e] siècle que se rencontrent, nombreux surtout dans les dix dernières années de ce siècle, les arrêts de la Cour de Cassation où l'on peut vraiment chercher les précédents directs de la doctrine française de l'abus du droit (**L. Josserand**, p. 21 à 42). Quant au vieil arrêt de la Cour de Cassation de l'année 1817 qu'invoque M. Ferron, dans sa note au *Sirey*, 1905, II, p. 19, il est dénué de toute portée. Une phrase incidente égarée dans un exposé de motifs ne saurait constituer l'indication d'une orientation de jurisprudence.

Parmi les cas de responsabilité qui sont classés aujourd'hui, et

jurisprudence (1). Cette théorie, formulée en 1899 et en 1901 par MM. Gény (2), et Saleilles (3), sous le couvert du Code civil allemand et présentée par eux comme une des

somme toute à juste titre, sous la rubrique de l'abus du droit, il en est un toutefois qui a été admis, dès la première moitié du XIXe siècle par une jurisprudence ferme. C'est l'application tendant à réprimer la chicane et relative à l'action vexatoire. L'arrêt de la Cour de Cassation du 3 mai 1836 (S. 1836, I, 914) avait déjà admis que le plaideur qui intente une action uniquement dans une pensée de tracasserie peut être condamné à des dommages-intérêts spéciaux et il a été le point de départ d'une longue série d'arrêts conformes. (Cf. **Ferron**, note au Sirey, 1905, II, 17 et **Josserand**, note au Dalloz, 1906, II, 105). Mais cette jurisprudence sur l'action vexatoire n'aurait jamais pu, à elle seule, provoquer la formation d'une doctrine de l'abus des droits, parce qu'elle s'est présentée comme une sorte d'excroissance de la théorie des dépens et pouvait, d'ailleurs, être rattachée sans trop de difficultés à la notion habituelle de la faute et à l'article 1382 c. c., puisqu'elle tend à réprimer le mésusage d'un de ces droits qui font corps avec la liberté plutôt que l'abus d'un droit individualisé et déterminé.

On pourrait également signaler comme relativement anciens les précédents fournis par la jurisprudence de la Cour de Cassation sur la responsabilité des dommages causés aux voisins par les établissements insalubres, incommodes ou dangereux, qui remonte à l'arrêt du 27 novembre 1844 (D. 45, 1, 13. Cf. la note de **M. Capitant,** au Dalloz 1908, II, 49) si, contrairement à l'opinion de M. Josserand (*Abus des droits*, p. 82) et d'autres auteurs qui font de cette jurisprudence une des manifestations de la théorie du risque, on préférait y voir une application de la théorie de l'abus des droits.

(1) **Thaller,** *Annales de droit commercial*, 1892, I, 115; **Raoul Jay,** *Sirey,* 1893, I, 41; **Mongin,** *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1893, p. 355 et s.; **Blondel,** *Sirey,* I, 273; **Méringhac,** *Pandectes françaises,* 1897, I, 337; **Capitant,** *Revue critique de législation et jurisprudence,* 1900, p. 156 et s., 228 et s.; et la bibliographie donnée par **M. Saleilles,** *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, IV, p. 325.

(2) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* p. 543-545. Cf. du même, *Risques et responsabilité,* dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 812 et suivantes.

(3) Dans la seconde édition de l'*Etude sur la théorie générale de l'obligation dans le premier projet de Code civil allemand*, 1901, p. 370, note 1, et *Déclaration de volonté,* 1901, p. 299-300.

créations originales du nouveau Code dont il convenait de recommander l'adoption à la législation et à la science françaises, a été attentivement étudiée dès 1901, au point de vue de son adaptation au droit français et des points d'appui qu'elle pouvait déjà y trouver dans la pratique, par MM. Jean Bosc (1) et Ernest Porcherot (2), puis mise en discussion en 1905 au point de vue législatif, devant la Commission de révision du Code civil, où elle a formé l'objet d'un remarquable rapport présenté par M. Saleilles à la première sous-commission (3).

Mais elle n'est arrivée à une relative précision de lignes que dans la lumineuse étude de mon éminent maître, M. le professeur Josserand (4), qui s'est efforcé

(1) *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil,* thèse, Montpellier, 1901.

(2) *De l'abus du droit*, thèse, Dijon, 1901. Cf. l'article publié, sous forme de compte-rendu de ces deux thèses, par **M. Charmont**, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, I, 1902, p. 113-125. Joindre encore : **Duffaux-Lagarosse,** *Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée,* dans *Revue critique de jurisprudence et législation*, 1899, p. 479 et s.; **Tissier,** dans *Revue critique*, 1904, p. 509 et s.; **Desserteaux,** *Abus du droit ou Conflits de droits* dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 119 et s.; Salanson, thèse, Paris, 1903; **Ferron,** note, Sirey, 1905, II, 17; **Wahl,** note, Sirey, 1906, I, 209; **Pic,** *Traité de législation industrielle*, n°s 319 et 1174; **Buttin,** thèse, Grenoble, 1904, *l'Usage abusif du droit*; **Appert,** note, Sirey, 1905, II, 41; **Ihering,** *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, dans *Œuvres choisies*, traduction de Meulenaere, t. II. Sur la comparaison critique de cette théorie et des doctrines opposées, **César Bru** et **Morin,** *La faute, le risque et l'abus du droit*; extrait des *Annales des Facultés de Droit et des Lettres d'Aix*, t. II. Cf. **Tesseire,** *Essai d'une théorie sur le fondement de la responsabilité*, thèse, Aix, 1901 et **Ripert,** *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines,* thèse, Aix, 1902, p. 207, 348 et s.

(3) Ce rapport est reproduit dans le *Bulletin de la Société d'études législatives,* IV, 1905, p. 325-350.

(4) *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905. Cf. les notes de M. Josserand dans Dalloz, 1906, II, 105; 1908, II, 73.

notamment d'établir par de minutieuses analyses de jurisprudence, que cette doctrine reflète fidèlement les aspirations de la pratique judiciaire française et que les idées nouvelles qu'elle exprime se sont dégagées simultanément à la fin du XIX[e] siècle, sous l'empire des mêmes besoins, non seulement en France ou en Allemagne, mais aussi dans celui des systèmes juridiques européens qui est resté le plus attaché aux traditions du passé et le plus fidèle à l'esprit d'individualisme, dans le droit anglais, où un statut du 14 août 1896 est venu fournir les moyens de paralyser l'exercice abusif du droit d'agir en justice (1).

On ne peut pas dire, cependant, que la théorie de l'abus des droits ait, dès aujourd'hui, conquis une situation incontestée dans la doctrine française. Elle y acquiert chaque jour, pourtant, des partisans surtout parmi les juristes de la nouvelle école. Mais elle a été critiquée à l'avance par M. Esmein, au travers de certaines des décisions de la Cour de Cassation qui en constituaient déjà les précédents (2). Elle est énergiquement répudiée par M. Planiol (3), et rejetée avec un peu plus de précaution, mais tout aussi clairement, par M. Barde (4).

Bien qu'il soit encore imprudent de prétendre qu'elle ait acquis une situation fixe et prépondérante dans la

(1) Ce statut est traduit dans *Annuaire de législation étrangère*, 1897, page 49. Même mesure pour l'Ecosse, dans un statut du 12 août 1898 (*Annuaire de législation étrangère*, 1899, p. 24). Sur l'évolution subie à cet égard par le droit anglais dans ces dernières années, voir **Josserand**, L. C. pages 7-10 et 15-16.

(2) Note sous cassation, 29 juin 1897. S. 98, I, 17 et s. Cf. note du même auteur sur divers arrêts, S. 98, I. 65.

(3) *Traité élémentaire de droit civil,* II, 5e édition, § 871, p. 286-291.

(4) Tome XIII *bis* du *Traité théorique et pratique de droit civil* de **Baudry-Lacantinerie** (tome III, § 2855 des obligations).

doctrine, il est pourtant incontestable que dans la jurisprudence un mouvement très net s'est dessiné, pendant ces derniers temps, en sa faveur (1).

8. La doctrine occidentale de l'abus du droit a donc encore toute la fraîcheur et aussi toute la souplesse de formes de l'extrême jeunesse.

Si l'on fait abstraction de la période pendant laquelle elle a végété inutile et dédaignée, dans le *Landrecht* général prussien, on peut dire que, même en Allemagne, elle n'est entrée dans le domaine de l'application législative qu'avec le début de l'année 1900. En France, elle lutte pour la reconnaissance de son droit à l'existence. Elle n'est point encore réalisée, mais plutôt en voie de réalisation.

9. En face d'elle, la doctrine musulmane de l'abus des droits apparaît en quelque sorte comme une vieille grand'mère portant encore allègrement le poids d'une longue série d'années. Son acte de naissance est enre-

---

(1) **M. Beudant** : *Cours de droit civil. — Contrats et Obligations*, p. 758, a pu assez justement écrire en parlant d'un des principes constitutifs de notre doctrine, celui qui proclame l'illégitimité de l'exercice du droit tendant uniquement à nuire à autrui, que ce principe est consacré par une jurisprudence constante. Dans ces dernières années, les arrêts faisant application de la notion d'abus des droits se sont multipliés. Voir notamment : Draguignan, 17 mai 1910. D. 1911, 2, 133 ; — Cass. 10 juillet 1911. S. 1911, I, 471 ; — 7 mars 1911. S. 1911, I, 252 ; — Aix, 21 décembre 1910. D. 1911, II, 385 ; — Cass. 27 mai 1910. D. 1911, I, 223 ; — 14 février 1910. D. 1910, I, 136 ; — 7 décembre 1909. D. 1910, I, 95 ; — 10 février 1909. D. 1909, I, 376 ; — 6 janvier 1909. D. 1909, I, 99 ; — 8 février 1908. D. 1909, I, 488 ; — 24 juillet 1907. D. 1908, I, 62 ; — 10 avril 1907. S. 1911, 1-366 ; — 18 février 1907. D. 1907, I, 385 et la note de M. Ripert ; — Trib. civ. Toulouse, 13 avril 1905. D. 1906, II, 105 avec note de M. Josserand ; — Cass. 13 mars 1905. D. 1906, I, 113 avec note de M. Planiol ; — Bordeaux, 5 mars 1903. D. 1908, II, 49 avec note de M. Capitant. Pour les arrêts antérieurs : Voir les ouvrages précités de M. Josserand et M. Beudant.

gistré dans un Code religieux révélé au cours de la première moitié du VII[e] siècle de l'ère chrétienne, vers l'époque où, dans l'Empire Franc, Dagobert I[er] s'apprêtait à imprimer, par son action centralisatrice, un temps d'arrêt momentané aux progrès croissants de la barbarie et de la confusion des temps mérovingiens.

Sur les solides assises dressées dans le Qorân, les lignes essentielles des constructions doctrinales les plus importantes pour l'histoire du développement de la notion de l'abus du droit ont été édifiées, dès le second siècle de l'Hégire, par les grands jurisconsultes qui furent les véritables initiateurs de la science du droit musulman, et, au temps de Haroun-al-Rachid et de Charlemagne, des discussions passionnées s'élevaient déjà entre partisans de l'interprétation restrictive et défenseurs de l'interprétation extensive des textes du Qorân et de la Sonnah relatifs à notre problème, notamment entre deux des fondateurs des rites ou Madhaheb orthodoxes : Al Chafèy, d'une part, et Malek et les élèves d'Abou Hanifah, d'autre part.

Puis la période héroïque des luttes entre les doctrines et les méthodes s'est close, et, aux approches des croisades, au tournant des XI[e] et XII[e] siècles chrétiens, l'influence de Ghazaly, qui a marqué sa puissante empreinte, non seulement sur l'ensemble de notre philosophie et de notre théologie, mais aussi sur quelques-unes des parties les plus vivantes de notre droit, commença à faire pénétrer, dans le fond d'idées communes à toutes nos écoles juridiques, la conception la plus libérale et la plus compréhensive de l'abus des droits.

Après lui, des penseurs d'élite comme Abou-al-Qaïïm Al-Djaouazïah, dans la première moitié du

XIVe siècle, continueront à vivifier et renouveler la doctrine de l'abus des droits, par la pénétration ou la réaction de leurs conceptions de philosophie religieuse ou sociale.

D'importantes institutions juridiques, véhiculées dans le droit musulman par l'intermédiaire de la théorie de l'abus des droits, prendront leur développement autonome, tandis que d'autres, nécessitées par les exigences des temps et des milieux économiques divers qu'a régis l'Islam, se feront jour par le canal et sous le couvert de cette théorie.

C'est à partir de la seconde moitié du XIVe siècle, et surtout pendant le XVe chrétien, que l'ensemble de la charpente de notre théorie s'est consolidé et immobilisé. Depuis lors, elle n'a pas cessé, toutefois, d'être étudiée et polie dans ses détails par nos traités de *Fiqh* et leurs commentaires, d'être ajustée, par les *Fataouy* ou consultations de nos *Fouqahâ*, par les décisions de nos Qadis et de nos *Meh'kamah*, aux données constamment variables fournies par la réalité sociale.

Les données essentielles en ont été enfin recueillies et consacrées dans le *Médjalah* (Code civil ottoman) qui constitue une codification des principes dominants du droit musulman.

Et les treize siècles d'existence bien comptés qu'elle a fournis depuis sa première consécration dans le Qorân, n'ont point épuisé la force de résistance et l'activité de cette doctrine qui, à l'heure présente, affirme encore dans la jurisprudence des tribunaux religieux de mon pays son aptitude à susciter des applications nouvelles et fécondes.

10. En dépit de la différence des temps et des milieux

dans lesquels elles sont nées, malgré l'opposition de nature qui existe entre les systèmes juridiques, l'un religieux, les autres profanes, dans lesquels elles s'encastrent, la doctrine musulmane et la doctrine occidentale de l'abus des droits, présentent, somme toute, la même structure générale et mettent en œuvre un certain nombre de conceptions communes. Et, par là même, les expériences successivement faites par l'aînée de ces théories au cours de son long passé, les luttes qu'elle a dû soutenir, les résultats qu'elle a réalisés ne sauraient être complètement indifférents aux juristes qui travaillent, soit à défendre, soit à combattre les développements de la cadette. Le dépouillement de la documentation amassée par le travail treize fois séculaire de la jurisprudence islamique pourra peut-être aider les partisans et les adversaires de la jeune théorie européenne à discerner plus aisément la nature intime et les tendances éthiques de toute doctrine de l'abus des droits; à distinguer, avec plus de précision, les multiples aspects de sa fonction sociale et économique; à dresser avec plus d'exactitude le bilan de ses avantages et de ses inconvénients; à mieux définir les rapports nécessaires qui l'unissent à une série d'autres théories juridiques, dont la sphère d'action empiète inévitablement sur la sienne; à se résigner enfin à reconnaître l'extrême complexité des critères qui peuvent servir à fixer les frontières entre l'exercice licite et l'exercice abusif du droit, et à renoncer à les englober tous dans une formule simpliste et unilatérale.

Mais, si le sujet que je me propose de traiter dans ce travail n'avait présenté d'autre intérêt que d'élargir ou compléter la documentation d'un des chapitres les plus neufs et les plus discutés de la jurisprudence comparative

européenne, je ne dissimule pas que j'aurais vite renoncé à l'approfondir, pour diriger mes investigations d'un autre côté. Je ne puis oublier, en effet, que j'appartiens à un cercle d'intellectuels orientaux, qui se soumettent à la discipline des Universités françaises, non pas dans l'espoir de coopérer, à leur tour, au développement des sciences occidentales, qui comptent déjà un assez grand nombre de travailleurs; mais en vue de puiser dans ces sciences des directions pour une orientation plus utilitaire et plus féconde de la vie juridique et économique de leur pays.

Le jour viendra, je l'espère, où, notre génération ayant accompli son œuvre, nos successeurs pourront céder aux séductions de la spéculation scientifique, et goûter sans remords le charme des recherches d'érudition.

Nous autres, nous n'avons pas le droit de nous attarder à ces plaisirs. Toutes les énergies intellectuelles de la jeunesse égyptienne devront, d'ici longtemps encore, demeurer tendues vers l'œuvre plus immédiatement urgente de l'adaptation des données de la science européenne aux aspirations et aux besoins sociaux de notre pays.

CHAPITRE II

La théorie musulmane de l'abus des droits et l'interprétation des Codes égyptiens.

11. Si le sujet qui forme l'objet de cette monographie a retenu et définitivement fixé ma curiosité, c'est qu'il offre une seconde sorte d'intérêt, beaucoup plus appréciable à mes yeux : un intérêt au point de vue de la compréhension et de l'interprétation du droit positif

actuellement en vigueur devant les tribunaux mixtes et les tribunaux indigènes d'Egypte. La théorie de l'abus des droits a franchi en Egypte, depuis 1876, le cercle de la jurisprudence religieuse pour entrer dans le domaine du droit profane d'importation européenne.

Quelques-unes de ses applications les plus caractéristiques ont formé, en effet, en 1876, l'objet d'une consécration formelle dans les Codes des tribunaux mixtes d'Egypte, qui ont été rédigés par un français, M. Maunoury, et qui se présentent sous la forme d'un résumé des chapitres correspondants des Codes français, ne contenant qu'un petit nombre de dispositions divergentes et originales, dont une bonne moitié au moins a été tenue par la jurisprudence des tribunaux mixtes comme lettre morte.

En 1883, les Codes indigènes ont suivi, à leur tour, la voie ouverte par les Codes mixtes.

Les dispositions des Codes de 1876 et 1883, que j'aurai l'occasion de commenter au cours de ce travail, constituent, à ma connaissance, les plus anciennes consécrations législatives, après celles du *Landrecht* général prussien et du *Médjalah* (1), qu'ait reçu la notion de l'abus des droits dans les législations occidentales ou d'origine occidentale. Et, si nos Codes, restés fidèles à la méthode législative française, qui préfère les règles pratiques et les solutions

(1) Bien que le *Médjalah* ne soit pas un Code occidental, mais la consécration des principes du droit musulman, il présente, en effet, cela de caractéristique qu'il a été fait sur le modèle du Code Napoléon et que le législateur ottoman a choisi parmi les principes en vigueur non seulement dans le rite Hanafite, mais encore dans tous les rites, ceux qui sont le mieux en harmonie avec les besoins sociaux actuels. Malgré l'opinion exprimée par M. Morand, le savant doyen de la Faculté d'Alger, nous prétendons, en effet, et nous le montrerons au cours de ce travail, que le *Médjalah* a fait une large part à la théorie de l'abus des droits.

positives aux constructions théoriques et aux concepts abstraits, se sont bornés, au lieu de procéder par disposition générale et dogmatique comme le *Landrecht* prussien, à formuler quelques applications pratiques de la doctrine empruntée par eux au droit musulman, en revanche, ils ont semé dans un terrain infiniment mieux préparé et plus fécond que ne l'avait fait le législateur prussien.

Grâce à l'ambiance favorable de nos traditions nationales, les mesures prises dans ces Codes d'origine européenne pour empêcher que l'exercice du droit ne dégénère en abus, ne se sont pas heurtées à la même indifférence et à la même force d'inertie que les dispositions similaires du *Landrecht* de 1794. Elles ont déjà donné lieu à des développements jurisprudentiels d'une relative importance.

12. Le mouvement d'idées qui, postérieurement à la rédaction de nos Codes, s'est dessiné, au sein de la doctrine et de la jurisprudence françaises, dans le sens d'une réaction contre la conception absolutiste et individualiste des droits, par là même qu'il coïncide avec l'orientation spontanée de notre législation et de notre pratique judiciaire, est de nature à en seconder et à en accélérer la marche.

Le rejeton que le droit français a projeté depuis 1876 sur le sol égyptien ne s'est pas encore détaché et ne se détachera pas, sans doute, d'ici longtemps, de la souche occidentale. La législation française n'est pas seulement, pour nous, la législation mère ; elle est aussi la législation nourricière. La prédominance numérique des magistrats européens dans les tribunaux mixtes (1), et l'éducation

(1) La Cour d'appel mixte compte dix conseillers étrangers contre un président (honoraire) et six conseillers indigènes. Le Tribu-

juridique reçue par les magistrats des tribunaux indigènes (1), maintiennent notre jurisprudence dans le sillage de la jurisprudence française. L'indigence de notre littérature juridique (2) nous rend étroitement tributaires de la doctrine occidentale ; et, des manuels, comme ceux de M. Garraud ou de M. Planiol, jouissent, en Egypte, d'une autorité plus grande encore que dans leur pays d'origine (3). Dès lors, toutes les modifications qui se produisent en France dans l'interprétation des Codes qui ont servi de modèle aux nôtres, exercent inévitablement, dès qu'elles sont entrées dans la période de vulgarisation, une réaction plus ou moins profonde sur le travail de notre jurisprudence.

Malheureusement, les efforts faits en France dans ces dernières années pour renfermer dans des limites plus équitables le libre exercice des droits, ne sont guère par-

---

nal mixte du Caire : treize juges étrangers contre un président (honoraire) et six juges indigènes, et la proportion des membres étrangers par rapport aux membres indigènes est de douze à six au Tribunal d'Alexandrie, et de cinq à trois au Tribunal de Mansourah.

(1) Ce ne sont pas seulement les magistrats indigènes de ces tribunaux qui ont été formés à l'école de la Science juridique française ; les magistrats de nationalité anglaise, qui y figurent en assez grand nombre, sont pourvus d'ordinaire de titres juridiques obtenus dans les Universités françaises.

(2) Cette indigence ressort trop clairement de la bibliographie insérée par mon éminent maître, M. Sésostris Sidarouss Bey, dans l'*Annuaire du Ministère de la Justice pour l'année 1907*, p. 48-52. La liste des travaux relatifs à l'interprétation des Codes égyptiens, ne s'est allongée, depuis, que d'un bien petit nombre de numéros, dus pour la plupart à des européens, comme M. de Hults ou M. Grandmoulin.

(3) Distribués aux étudiants de l'école Khédiviale de droit par les soins de l'Administration, ils y jouent en quelque sorte le rôle de livres de classe ; ils sont souvent invoqués et commentés, non seulement dans les plaidoiries, mais souvent même dans les dispositifs des jugements de nos tribunaux.

venus jusqu'ici à la connaissance de mes compatriotes qu'au travers du tableau, insuffisamment complet et inspiré par une pensée de combat, qu'en trace dans son traité élémentaire de droit civil M. Planiol, l'un des principaux adversaires, sinon de ces tendances nouvelles elles-mêmes, du moins de la formule qu'elles ont trouvée dans les œuvres de MM. Saleilles et Gény. Il suffira que la doctrine française de l'abus du droit se révèle à nous sous sa véritable physionomie, telle qu'elle ressort notamment de la magistrale étude de M. Josserand, pour rajeunir à son contact la vieille théorie empruntée par nos Codes au droit musulman et la faire bénéficier du prestige et de la vogue qui s'attachent, dans nos cercles juridiques laïques, à toute production scientifique pouvant se parer de la marque occidentale.

13. L'aptitude de cette doctrine à exercer sur notre droit profane une influence vivifiante, est encore accrue par le fait même qu'elle se présente, non pas comme le produit isolé d'un travail intime de la science française, dont nous pourrions, à la rigueur, nous désintéresser, mais comme le résultat d'un mouvement d'ensemble de la jurisprudence comparative d'Occident, auquel il nous serait beaucoup plus difficile de résister. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le droit des Codes mixtes et le droit des Codes indigènes d'Egypte constituent, à l'heure présente, les domaines les plus facilement et les plus largement ouverts à la pénétration de cet ensemble d'idées et de tendances juridiques prédominantes au sein de la communauté des nations occidentales que M. le professeur Lambert a baptisé du nom de " droit commun législatif ", parce qu'elles se dégagent de la comparaison et du frottement continu des droits nationaux, par un processus

assez semblable à celui qui a produit, dans l'ancienne France, le droit commun coutumier, né du rapprochement et de l'interpénétration des divers droits provinciaux (1).

Si le droit français a été transporté, après quelques retouches préalables en 1876 et 1883, dans le domaine de notre statut réel ; s'il s'y est imposé, d'abord comme instrument de transactions entre gens de nationalité différente, puis comme organe de règlementation de la vie commerciale indigène, ce n'est pas uniquement à raison des relations existant entre la France et l'Egypte ou des services rendus depuis l'expédition napoléonnienne par la pensée française au développement de notre culture ; c'est surtout parce que les auteurs de la réforme judiciaire de 1876 ont cru trouver dans les Codes français l'expression la plus claire, la plus tempérée et la plus facilement exportable du droit général européen. C'est la dernière mode juridique d'Occident qu'on a alors importée chez nous, et la réception partielle du droit français n'a été que la mise en œuvre de l'idée exprimée dans une phrase célèbre du Khédive Ismaïl : « Mon pays n'est point en Afrique, il est en Europe. » La réforme de 1876 ne nous a fait suivre le sillage du droit français que pour nous lancer ainsi dans le grand courant de la jurisprudence occidentale.

14. Le droit égyptien profane est bien plus sensible que la législation mère aux remous de ce courant, parce que les dispositions de nos Codes sont plus brèves et plus limitées en nombre que celles des modèles français ;

---

(1) **Ed. Lambert** : *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. I. *La fonction du droit comparé*, 1903, p. 916 et suivantes.

parce qu'elles n'ont pas été aussi largement développées et suppléées par le travail incessant des lois spéciales ; parce qu'elles ne s'y présentent pas, comme en France, accompagnées d'un long cortège de traditions nationales, et que, dès lors, les vides et les interstices, par l'intermédiaire desquels les productions du droit comparé arrivent à se glisser dans une jurisprudence nationale, sont infiniment plus nombreux chez nous qu'en France.

D'ailleurs, la direction internationale de l'interprétation jurisprudentielle de nos Codes est assurée par la composition même de nos tribunaux mixtes, où, à côté des membres indigènes, figurent les représentants des nationalités les plus diverses. Il est inévitable qu'en face de cas graves qui ne sont pas solutionnés dans les textes de notre législation, une magistrature recrutée aux quatre coins de l'Europe, et même jusqu'en Amérique, soit amenée à ne pas se préoccuper uniquement de ce qui a pu se passer en France depuis 1876, et à tenir un large compte des résultats produits par le travail collectif de la majorité des jurisprudences occidentales. Cette tendance d'esprit de la juridiction mixte s'est manifestée, avec une particulière netteté, il y a un peu plus d'une dizaine d'années, quand, à la suite de crises provoquées par les imprudences de l'agiotage sur les cotons, la Cour d'appel d'Alexandrie a dû se demander si l'exception de jeu existe en droit civil égyptien et peut être invoquée en matière de spéculations de bourse. Le débat ne s'est pas cantonné autour des art. 1965 et 1967 du Code civil et de la loi française du 25 mars 1885. Il a porté, avant tout, sur la question de savoir quel était en matière de jeux de bourse, le système prédominant dans le droit commun des peuples

occidentaux, et, comme tel, naturellement applicable à une législation muette (1).

La propension, non seulement de la jurisprudence mixte d'Egypte, mais aussi de la jurisprudence des tribunaux indigènes, à puiser les aliments nécessaires à leur nutrition dans le fond commun des jurisprudences d'Occident, tout autant que dans les réserves personnelles constituées par la législation mère, depuis l'époque de la naissance du droit profane égyptien, s'accentuera sans doute encore quand notre littérature juridique deviendra moins pauvre et surtout moins servilement imitatrice de la doctrine française. Cette propension de notre pratique est, en effet, la conséquence toute naturelle de la fonction même que remplit en Egypte le droit d'importation française qui est destiné, — ce n'est pas son seul rôle, mais c'est l'un des principaux et c'est le plus ancien, — à assurer la sécurité et la facilité de nos transactions commerciales,

---

(1) Cf. **Vercamer:** *Etude historique et critique sur les jeux de bourse et marchés à terme.* Bruxelles et Paris, 1903, pages 97 et s., surtout pages 156 et s., et les arrêts de la Cour d'appel d'Alexandrie reproduits en annexe pages 362 et s. Arrêt du 9 mai 1901. Seuveris Eff. Mikhaël contre Lévi, Seblon et Cie, (**Vercamer,** p. 362 et s.).

« Qu'il a, en effet, toujours été, et partout, de doctrine et de jurisprudence, jusqu'à ces derniers temps, que les marchés à terme sur denrées ou marchandises ne donnent lieu à aucune action en justice, lorsqu'ils présentent les caractères certains d'un simple jeu ou pari sur les fluctuations en cours ;

« Que, notamment, dans les pays régis par le Code Napoléon, la jurisprudence a toujours été, sur ce point, constante et invariable ;

« Attendu que cette jurisprudence est sanctionnée dans certains pays par des dispositions formelles de la loi (notamment en Suisse, par l'article 512 du Code fédéral) ;

« Qu'il est, d'autre part, fort remarquable que, même sous l'empire des législations qui ont récemment proclamé la validité des marchés à livrer sur denrées et marchandises, la tendance générale de la jurisprudence a été......... »

non pas seulement avec les Français, mais avec les représentants de toutes les nations occidentales qui coopèrent au développement économique du pays.

15. La simultanéité et la concordance des efforts tentés dans les diverses parties de la communauté internationale en vue d'imposer des limites équitables à l'exercice du droit, nous prouvent, de la façon la plus décisive, que les emprunts faits par nos Codes à l'antique doctrine musulmane de l'abus des droits sont en parfaite harmonie avec les besoins de l'organisme économique d'origine européenne qui s'est peu à peu implanté chez nous. Elles donnent un regain d'actualité à un chapitre de notre droit profane qui, tant que nous ne l'envisagions qu'au travers de l'horizon limité de notre jurisprudence interne, revêtait l'aspect fané des vieilles choses que l'usure des temps a polies, et qui, au reflet de la science européenne, reprend aujourd'hui une apparence de fraîcheur et de nouveauté.

C'est seulement à la lumière du droit comparé que nous sentons toute l'importance de ce chapitre de notre législation nationale. L'étude mérite d'en être reprise sur de nouvelles bases. Le rapprochement de la doctrine occidentale nous permettra de mieux définir le principe qui domine et explique les dispositions d'espèces de nos Codes et d'en dégager de nouvelles conséquences. La comparaison de la littérature française, notamment, nous révélera l'existence d'un certain nombre de corollaires naturels du principe traditionnel, que la jurisprudence musulmane n'a jamais eu l'occasion d'en déduire, parce que les difficultés juridiques que ces corollaires résolvent sont nées du développement d'institutions économiques ou sociales qui n'ont pénétré dans notre pays qu'à une date relativement récente et sous la forme d'importations occidentales.

CHAPITRE III

Le rôle de la théorie musulmane de l'abus des droits en tant qu'instrument de la politique juridique égyptienne.

16. La théorie musulmane de l'abus des droits présente, à mon avis, une troisième sorte d'intérêt qui, plus que tout autre, doit frapper et séduire le juriste égyptien. Elle m'apparaît comme un des meilleurs outils sociaux que la sagesse du législateur divin et l'expérience de nos jurisconsultes religieux aient mis à notre disposition pour nous permettre d'accomplir, à notre tour, la tâche de politique juridique qui incombe à chaque génération.

Ce dernier aspect du sujet est incontestablement celui qui m'a le plus préoccupé. Je ne saurais, en effet, me désintéresser de ces formes vivantes et agissantes de l'art juridique que M. Léo Von Pétrazycki a décrit sous le nom politique civile (1), et M. Lambert sous le nom de politiques juridiques nationales (2). La démonstration présentée par ce dernier, dans son livre d'introduction à l'étude du droit civil comparé, me paraît établir assez clairement que tous les organes sociaux de la vie juridique, et non pas seulement la législation, ont à faire œuvre quotidienne d'invention et de création juridique, même dans les pays, comme la France, où des codifications relativement modernes ont fondu en un tout

(1) Dans les appendices à son *Die Lehre vom Einkommen* (la théorie des revenus). Berlin, 1893-1895, I, pages 327-334, II, pages 437-626. Pour la discussion des conceptions de **M. Pétrazycki,** Cf. **Lambert,** *L. C.*, I, pages 830-870.

(2) *L. C.*, I, pages 813 et s.

homogène les apports juridiques venus des sources les plus diverses, et où le travail soutenu des lois spéciales a constitué un corps de règles légales donnant l'illusion de l'aptitude à tout prévoir.

« La politique juridique, écrit M. Lambert, n'est pas le monopole exclusif du législateur. Celui-ci dispose, seul, pour l'exercer de certains moyens plus expéditifs et plus perfectionnés; mais il ne l'exerce pas seul. Il a deux collaboratrices nécessaires : la jurisprudence et la pratique extra-judiciaire, qui, disposant d'instruments de travail très différents des siens, concourent avec lui à l'accomplissement d'une œuvre commune, l'adaptation du droit à des formes sociales en perpétuel mouvement de renouvellement. Tous ceux qui vivent dans l'atmosphère du Palais, non seulement les juges et leurs auxiliaires, les avoués, les avocats, mais aussi les notaires, les hommes d'affaires, les chefs de contentieux, les rédacteurs d'actes, sont, qu'ils le veuillent ou non, des politiciens du droit » (1).

17. Si la place laissée à l'activité créatrice de la jurisprudence et de la pratique extra-judiciaire est déjà très apparente en France, à plus forte raison en est-il de même dans un pays, comme le mien, où la codification n'exerce son emprise que sur une faible partie du droit, où la production législative est restée irrégulière et peu intense, et où se heurtent deux masses de droit hétérogènes, produits de temps et de milieux fort différents : l'une laïque, l'autre religieuse, et, par conséquent, d'esprit souvent opposé : d'une part, le droit d'importation française constituant un statut applicable à tous, sans distinction de confession ni de nationalité, pour la réglementation

---

(1) **Lambert :** *L. C.*, I, p. 821.

des transactions commerciales, des droits réels, des contrats et obligations, du droit pénal (1) et, d'autre part, les droits indigènes personnels régissant chacun la capacité et les rapports familiaux des fidèles d'une religion parmi lesquels le droit musulman joue un rôle prépondérant et directeur, parce qu'il est le statut personnel de la grande majorité des citoyens, parce qu'il forme la première assise des institutions politiques et administratives, parce qu'il est devenu, dans d'importantes matières, comme les successions, un véritable droit général de l'Egypte, dont la minorité copte elle-même s'est approprié l'usage.

La situation actuelle de l'Egypte rappelle à cet égard celle de la France vers la fin des temps médiévaux, à l'époque où le droit romain et les coutumes indigènes se disputaient la direction de la pratique judiciaire, avec cette différence, toutefois, que, tandis que la réception du droit romain en France et en Allemagne s'était réalisée par la voie coutumière, la réception du droit français en Egypte a eu lieu par la voie législative, ce qui a permis une détermination théorique de son étendue et de ses limites.

Le législateur de 1876 a cru, sans doute, qu'il préviendrait tout conflit de compétence entre le droit d'importation européenne et les anciennes coutumes religieuses, en fixant leurs frontières respectives, d'abord dans les dispositions de principes des articles 4 à 10 du Code civil mixte, puis par quelques applications pratiques faites dans les articles 77, 78 et 190 du même

(1) Le droit pénal égyptien s'applique à tous ceux qui ne bénéficient pas du régime des *Capitulations* et, à ceux qui en bénéficient, dans quelques cas.

Code (1). Mais son attente a été déçue. Il s'est heurté à un écueil bien connu des spécialistes du droit international privé, mais dont l'importance a surtout été mise en lumière par le savant article de M. Etienne Bartin sur la théorie des qualifications (2).

18. Les divergences de vue entre législations d'origine différente qui vivent côte à côte sur le même territoire de droit soulèvent exactement les mêmes difficultés que la diversité des législations nationales.

Pour résoudre les conflits qui en naissent, il ne suffit pas de s'entendre sur la fixation de celle des lois rivales qui régira chaque catégorie de rapports juridiques ; il faut aussi que l'accord se fasse sur la détermination de ce que contient chaque catégorie et sur la qualification à donner à chaque rapport, qualification d'où dépend son classement sous une rubrique ou sous une autre. Notre législateur, en déclarant notamment que l'organisation du régime des biens est du domaine du nouveau droit laïque, tandis que la capacité des personnes et les successions restent sous l'empire du droit religieux, n'a pas pour cela écarté, pour ces trois matières, les risques de rivalités de compétences entre les deux sortes de législations. Car, il arrive trop souvent que le même problème juridi-

(1) Ces frontières sont aussi tracées indirectement, sous la forme d'une détermination de la compétence des tribunaux pour l'usage desquels les Codes mixtes ont été rédigés, dans le *Règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Egypte*, titre I, art. 9 à 13. Le Code civil indigène ne reproduit plus, sur ce point, les formules générales du Code civil mixte, mais conserve, dans ses articles 54, 55 et 130, les applications pratiques qui en avaient été faites dans les articles 77, 78 et 190 du Code civil mixte.

(2) **Clunet** : 1897, p. 225, 246, 720 et s. Cet article est reproduit dans **Bartin** : *Etudes de droit international privé*, p. 1 et s. Cf. **Pillet** : *Principes du droit international privé*, pages 101-103.

que soit considéré par les traditions musulmanes comme une question de capacité ou de droit successoral, alors que la tradition française y voit un élément de la théorie de la propriété ou des droits réels (1). Le conflit des compétences théoriques n'est alors écarté que pour faire place à une querelle de qualifications, aussi dangereuse pour la sécurité et la régularité des relations juridiques que pouvait l'être le conflit initial.

L'un des plus clairs et des plus impérieux devoirs de notre politique juridique nationale est de rapprocher et d'harmoniser dans la mesure du possible ces deux masses hétérogènes de droit, de travailler à les emboîter ensemble et à atténuer la dissonance de leurs colorations, au moins sur les terrains où elles se heurtent et débordent l'une sur l'autre. On aperçoit trop aisément pour qu'il soit utile d'insister, le parti qui peut être tiré, pour la poursuite de cette tâche d'assimilation, des théories, malheureusement trop peu nombreuses, qui, comme la doctrine de l'abus des droits, plongent des racines également vivaces dans

---

(1) Un des cas les plus caractérisques de ces conflits internes de législation est fourni par un jugement de la Cour d'appel indigène du Caire du 8 mai 1907. *Bulletin officiel des tribunaux indigènes.* 1908, p. 227. La question posée était la suivante : Un père de famille ayant vendu l'un de ses immeubles à un acheteur, qui a négligé de transcrire son acte d'acquisition, après sa mort, son fils, devenu héritier, vend à son tour le même immeuble à un tiers, qui a soin de remplir les formalités de publicité prescrites par la loi. Le second acquéreur, qui seul a transcrit, pourra-t-il, pour triompher dans l'action en revendication, opposer au premier le défaut de transcription de son titre ? L'affirmative ne fait pas doute dans la jurisprudence française (S. 1893, I, 180). Le Tribunal du Caire a admis la négative en invoquant les traditions de la jurisprudence islamique. La question posée apparaît, au regard du droit français, comme une question de publicité des transmissions immobilières, donc de statut réel ; au regard du droit musulman, comme une question de capacité, donc de statut personnel.

la jurisprudence musulmane et dans la jurisprudence occidentale, et dont l'influence se fait sentir, non seulement sur un chapitre limité du droit, mais sur tout l'ensemble du système juridique.

19. Les conflits positifs de législations internes ne sont pas les seuls qui risquent de menacer la stabilité de nos transactions. Celle-ci a fort à souffrir aussi de l'existence de lacunes trop nombreuses et trop étendues dans notre législation.

Parmi les matières, qui, par leur nature et leur origine, semblent rentrer logiquement dans la sphère d'action du nouveau droit laïque, il en est d'importantes, d'essentielles même, qui n'ont pas encore reçu de lui le moindre commencement de règlementation législative. Nous ne possédons, à l'heure actuelle, en Egypte, ni une législation industrielle, ni une législation ouvrière, ni une législation rurale, ni une législation de la propriété artistique et littéraire. Notre législation de la presse se réduit à quelques dispositions d'expédient dictées uniquement par des préoccupations d'ordre politique et inaptes, dès lors, à fournir la solution des difficultés, infiniment variées, que peut susciter, dans les rapports entre particuliers, la publicité donnée à la pensée et à la critique. Notre droit administratif est encore dans les langes, et il suffit de parcourir l'excellent manuel consacré à cette matière par mon ancien professeur de l'Ecole Khédiviale de droit, M. Lamba, et publié par les soins du Ministère de l'Instruction publique, pour se rendre compte que le droit public et administratif égyptien ne consiste jusqu'ici qu'en une simple description de l'organisation des Pouvoirs publics.

Ces parties encore incultes du domaine du statut

réel égyptien, dont l'importance croît à mesure que s'accentue l'européanisation économique du pays, sont destinées à devenir d'excellents terrains de développement pour les théories juridiques de portée générale qui, comme celle que je me propose d'étudier ici, se trouvent en harmonie à la fois avec nos traditions nationales et avec les tendances dominantes des droits occidentaux. Ce sont surtout les théories de ce genre qui peuvent, en pareilles matières, fournir à la jurisprudence égyptienne les points fixes et la chaîne solide dont elle a besoin pour établir, sans s'exposer à la recommencer sans cesse, sa trame progressive de solutions juridiques. Les applications qui ont été déjà données en France à la doctrine de l'abus des droits, tant dans le domaine du droit public, sous la forme de la notion du détournement de pouvoirs, que dans le domaine du droit privé, à l'occasion, soit de la conclusion ou de la résiliation du contrat de travail (1), soit de l'exercice du droit de grève ou de la liberté de la presse (2), permettent de préjuger l'étendue des ressources qu'elle peut offrir à la jurisprudence égyptienne pour la rédaction de ceux des chapitres de notre droit laïque qui sont restés jusqu'ici pages blanches.

La doctrine musulmane de l'abus des droits est donc loin d'avoir épuisé en Egypte toute sa sève et toute sa puissance créatrice. Non seulement elle y garde, dans la sphère du statut personnel, la plénitude de son action statique et continue à y jouer son rôle traditionnel d'instrument d'équilibre et de conciliation entre les droits individuels reconnus et sanctionnés par le Chari'a; mais

(1) **Josserand :** *De l'abus des droits*, p. 30, 36, 42.
(2) **Josserand :** *L. C.*, p. 24, 28.

sa transplantation dans les Codes de 1876 et de 1883, son entrée en contact par leur intermédiaire avec les jeunes théories similaires d'Occident, et les transformations produites dans les conditions de la vie sociale égyptienne par la pénétration de plus en plus intensive de la culture européenne, lui assignent désormais de nouvelles et importantes fonctions dynamiques à remplir dans le domaine de la législation laïque et territoriale. Elle y servira notamment à arrondir les angles, à adoucir les sévérités du régime économique capitalistique emprunté par nous à l'Europe, à écarter les applications trop cruelles au point de vue individuel ou trop dangereuses au point de vue des conséquences économiques, de la conception absolutiste du droit individuel qui domine le groupe de législations occidentales en faveur duquel nous avons opté, quand, en 1876, il nous a fallu faire choix d'un modèle européen du droit du statut réel ; à combattre des exagérations logiques du laisser-faire économique et du principe de l'autonomie de la volonté, contre lesquelles les législations et les jurisprudences européennes sentent elles-mêmes le besoin de réagir, et que nous pouvons d'autant moins tolérer chez nous qu'elles sont en opposition avec les conceptions morales et religieuses de notre pays, en même temps qu'avec ses aspirations sociales.

CHAPITRE IV

Etude comparative de la théorie musulmane et de la théorie occidentale de l'abus des droits.

21. C'est la conscience de l'importance exceptionnelle que présente la théorie de l'abus des droits pour l'interprétation et le développement du droit positif égyptien

qui m'a amené à prendre pour objet de ce travail de début et d'essai un sujet dont je ne puis me dissimuler les écueils et les difficultés d'exposition méthodique. Arrivé au terme de mes recherches, je sens plus vivement que jamais la profonde exactitude du jugement porté sur la théorie de l'abus des droits par l'un des maîtres qui l'ont le plus profondément creusée.

Comparant la notion de l'abus des droits à celle du défaut de droit, M. Josserand a fort justement dit : « Le défaut de droit est une théorie toute faite, et en quelque sorte préconstituée; les limites objectives d'un droit sont précises et ne se déplacent pas facilement, du moins en dehors de l'intervention législative. L'abus des droits constitue, au contraire, une théorie *mouvante*, une notion merveilleusement *souple ;* elle est un instrument de progrès, un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux; loin de nécessiter l'intervention législative, elle permet de la différer, d'imprimer aux droits, au fur et à mesure que les mœurs se transforment, une orientation nouvelle; elle est aussi *élastique* que la notion opposée est roide; son horizon est *illimité,* au lieu que celui de la théorie qu'on prétend lui identifier est exactement borné » (1).

SECTION I

Comparaison de la doctrine musulmane et de la doctrine occidentale au point de vue de leurs domaines d'application.

Toute médaille a son revers, et l'élasticité d'une doctrine a, comme contre-partie nécessaire, une certaine

(1) **Josserand :** *L. C.*, page 76.

instabilité de formes et une relative indécision de contours. Cette imprécision de lignes du concept de l'abus des droits se manifeste tout particulièrement en ce qui concerne la délimitation de sa sphère d'action, que l'expérience séculaire de la science musulmane démontre destinée à rester toujours quelque peu fuyante et mobile. Le cercle de domination de fait de notre théorie s'est plus d'une fois étendu ou rétréci, au cours des grands siècles de floraison de notre littérature juridique, sous l'influence d'un travail pénétrant d'analyse des théologiens et des juristes qui, tantôt a dégagé des sources traditionnelles de nouveaux aspects et de nouvelles conséquences de la notion de l'abus des droits, et tantôt, au contraire, a fait prendre une existence autonome à des groupes de solutions juridiques qui, primitivement, n'avaient été que des applications pures et simples du concept de l'abus des droits (1).

22. Le domaine d'action de la théorie de l'abus des droits est si peu fixé par la nature des choses qu'il apparaît infiniment plus large dans la jurisprudence musulmane que dans la doctrine occidentale, même envisagée sous ses formes les plus hardies. Il y englobe dans ses limites les terrains réservés en Europe à la domination d'autres doctrines qui, dans les législations latines et germaniques, se sont développées bien avant qu'il y fût question d'une distinction entre l'exercice légitime et l'exercice abusif des droits, mais qui, dans le *fiqh* islamique, n'ont jamais eu d'existence propre et sont restées fondues dans la théorie

---

(1) Tel est, comme nous le verrons plus loin, le cas de la théorie du délai de grâce, de la théorie musulmane correspondante à la théorie française de l'action Paulienne, et de beaucoup d'autres théories que nous rencontrerons dans la suite de cette étude.

plus générale de l'abus des droits (1). La doctrine musulmane qui va former l'objet de notre étude apparait donc, par comparaison avec sa jeune et grêle parente européenne, comme une sorte de miroir grossissant où les traits se reflètent agrandis et détaillés. Le grossissement fait ressortir à l'œil les multiples liens qui la rattachent à diverses catégories juridiques voisines et l'amènent à chevaucher sur elles. Il rend plus sensibles les difficultés naturelles d'un sujet où la précision des définitions et la simplicité et la généralité des formules ne peuvent être obtenues qu'au détriment de l'exactitude de l'enregistrement des faits.

Les discussions qui se sont élevées depuis quelques années dans la littérature française sur la réalité et la valeur technique de la notion de l'abus des droits, ont déjà mis, d'ailleurs, en lumière l'incertitude des frontières qui séparent cette doctrine de deux théories limitrophes : d'une part, la théorie du défaut de droit et, d'autre part, la théorie de la responsabilité extra-contractuelle du risque créé.

PARAGRAPHE I

Les frontières entre l'abus du droit et le dépassement de droit. Leur complexité et leur souplesse dans la jurisprudence islamique.

23. L'existence même et la possibilité logique d'une distinction entre l'absence du droit et son exercice abusif ont été énergiquement contestées par l'un des maîtres les

(1) Théorie des établissements dangereux, insalubres et incommodes ; théorie des servitudes légales ; théorie de l'expropriation pour cause d'utilité publique, etc...

plus autorisés de la science française du droit civil, M. Planiol, qui, à la différence de son collègue de l'Université de Paris, M. Esmein, ne combat pas les solutions pratiques de la jurisprudence du XIX[e] siècle où s'affirme la tendance à élargir, dans une pensée de solidarité et de moralisation, le cercle des actes dommageables sujets à répression, mais s'élève seulement contre la formule doctrinale et la terminologie employées dans l'école adverse pour expliquer et synthétiser cet ensemble de solutions.

Pour M. Planiol, « tout acte abusif, par cela seul qu'il est *illicite,* n'est pas l'*exercice d'un droit*, et l'abus du droit ne constitue pas une catégorie juridique distincte de l'acte illicite. » « Le droit, dit-il, *cesse où l'abus commence,* et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme au droit* et *contraire au droit.* Ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolus; la plupart sont *limités dans leur étendue* et soumis pour leur exercice à des conditions diverses. Quand on sort de ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit, en réalité, sans droit. Il peut donc y avoir abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils *exercent* leurs droits, c'est quand ils les *dépassent.* » Dans toutes les hypothèses où l'on croit rencontrer un usage abusif du droit, il y a, en réalité, d'après M. Planiol, un acte accompli sans droit, un dépassement de droit (1).

24. Il y a certainement une large part d'exagération dans les idées développées par M. Planiol. Son argumen-

---

(1) **Planiol :** *Traité élémentaire de droit civil*, II (5), p. 286-287, § 871, et **Michoud :** *Personnalité morale*, II, 221, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, p. 290.

tation parait au premier abord présenter une logique saisissante et elle a réussi à impressionner quelques auteurs (1). Mais elle résiste mal à un examen critique et l'on aperçoit vite que, pour employer l'expression fort exacte de M. Josserand, elle repose, en dernière analyse, sur un simple *calembour juridique* (2). M. Planiol a joué sur deux d'entre les nombreuses acceptions que comporte, dans la langue française, le vocable aux significations multiples qu'est le mot " droit ", et identifié deux notions qui sont désignées par un même terme, mais qui n'ont ni le même objet, ni les mêmes caractères : les droits définis et subjectifs, d'une part, c'est-à-dire les droits individuellement déterminés et nommés, consistant dans une reconnaissance par la loi ou la coutume, au profit d'une personne ou d'une catégorie de personnes, de la

---

(1) Tel est le cas notamment de M. Marc Desserteaux dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, V, p. 119-121, qui regarde le raisonnement de M. Planiol comme irréfutable et ne voit d'autre moyen d'y échapper que d'abandonner la notion de l'abus des droits comme une position devenue intenable, pour se retrancher derrière la théorie sur laquelle le *Landrecht* l'avait greffée, la théorie de la collision des droits, qu'il baptise d'un nom nouveau et dont il paraît d'ailleurs ignorer les précédents germaniques.

M. Saleilles avait déjà démontré à l'avance, *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, p. 331-332, l'impuissance de cette dernière doctrine à rendre compte à elle seule de toutes les décisions de la jurisprudence française qui ont donné naissance à la théorie de l'abus des droits, et M. Desserteaux a dû le reconnaître lui-même, quoique en biaisant (p. 127-128). Il ne nous indique pas, d'ailleurs, par des formules ayant quelque apparence de généralité, à quels signes on reconnaît, en cas de conflit de droits, quel est celui des droits individuels qui doit fléchir devant son rival. Les conclusions qu'il présente sur ce point *(L. C.*, p. 138) sont loin d'avoir la précision et la clarté des articles 95, 96 et 97 de l'introduction du *Landrecht* prussien ou des dispositions correspondantes de la législation musulmane.

(2) **Josserand** : *Abus des droits*, p. 79.

faculté d'accomplir un acte, de jouir ou de disposer d'une chose, d'exiger d'une autre personne une prestation ou une abstention; et, d'autre part, le droit considéré comme l'ensemble des dispositions de loi ou des usages juridiques qui, en un temps ou dans un milieu déterminés, réglementent obligatoirement les rapports des hommes vivant en société (1). M. Josserand me parait avoir répondu en termes décisifs à la critique de M. Planiol, quand il écrit : « On semble oublier que le mot "droit" a deux acceptions fort différentes : tantôt il désigne une prérogative déterminée, telle la propriété; tantôt il se réfère à l'ensemble des règles sociales ; en ce dernier sens, le plus large, on dira que tel principe est admis dans notre " droit ". Or, il n'y a aucune espèce de contradiction à ce qu'un acte soit tout à la fois conforme à tel droit déterminé et cependant contraire au droit *lato sensu* ;... On peut parfaitement avoir *tel droit* pour soi et cependant avoir contre soi le *droit* tout entier » (2).

25. Mais, les faiblesses d'une argumentation, qui manque le but en voulant trop prouver, ne doivent pas nous faire fermer les yeux sur la part de vérité que recèlent les observations de M. Planiol. Nous devons reconnaître que la distinction entre l'exercice et l'abus du droit, et la notion de dépassement des bornes fixées au contenu du droit, présentent une certaine similitude de fonctions; qu'elles tendent l'une et l'autre à faire brèche à l'absolutisme des droits individuels, et abou-

---

(1) M. Planiol a lui-même exposé très clairement cette distinction entre les deux principaux sens du mot " droit " au début du premier volume de son *Traité élémentaire de droit civil*, § 1, alinéa 2.

(2) **Josserand** : *L. C.*, p. 78.

tissent également, comme le dit M. Planiol, à leur imposer des *limitations* ou à subordonner leur exercice à des *conditions*.

Sans doute, ces limitations et ces conditions, selon qu'elles visent le contenu ou concernent l'exercice du droit, sont rangées en deux groupes distincts par les représentations de la conscience collective des peuples occidentaux et des peuples musulmans, exprimées soit dans les textes antérieurement analysés du *Landrecht* prussien et des Codes allemand et suisse, soit dans les nombreux arrêts des Cours de justice françaises, soit dans les monuments de la jurisprudence islamique. Et ces représentations collectives semblent inspirées par une plus saine perception des réalités sociales que les spéculations de philosophie juridique qu'on essaie de leur opposer. Il parait bien, en effet, que pour reprendre l'exemple caractéristique donné par M. Josserand (1), la conscience populaire ait quelques raisons de considérer comme séparées par des nuances assez fortes pour justifier leur classement dans des catégories distinctes, d'une part, la situation du propriétaire d'une terre, qui, maître du tréfonds en vertu de l'article 552 du Code civil français, y exécute des travaux dans le but unique de nuire au voisin — cas d'application de l'abus du droit — et, d'autre part, la situation de l'individu qui laboure le champ du voisin ou déplace les bornes qui le séparent du sien — cas d'usurpation ou d'absence de droit.

Mais, si la distinction entre le mésusage et le dépassement des droits a sa raison d'être logique ; si elle apparait certainement au travers de l'ensemble de croyances collec-

---

(1) *L. C.*, p. 74.

tives et de représentations populaires qui forment la matière première du droit positif, elle n'est pas toujours aussi tranchée, aussi facilement saisissable que dans l'exemple précité. Les confins qui séparent les deux termes de cette distinction restent parfois quelque peu obscurs et estompés.

26. Les doctrines musulmanes dont j'entreprends l'exposition prendraient plus de clarté et d'élégance si, pour établir les limites séparatives entre la notion de dépassement du contenu légal du droit et la notion de mésusage des facultés renfermées dans ce contenu légal, je pouvais y transporter la définition et les éléments de distinction adoptés par mon éminent maître, M. Josserand.

Pour M. Josserand, la distance qui sépare l'abus du droit du défaut de droit est exactement égale à celle qui existe dans le droit administratif français entre le détournement et l'excès de pouvoir (1). « Ici, l'on voit un individu qui, tout en demeurant dans les limites objectives de son droit, en fait un usage blâmable, le cause irrégulièrement; là on voit une personnalité qui, dépassant les frontières objectives assignées à ses prérogatives, accomplit un acte qui ne saurait en aucune façon en être considéré comme l'exercice. D'un côté, une *notion subjective et psychologique* au premier chef; de l'autre, une *notion purement objective et matérielle* (2). Cette notion (l'abus des droits) se caractérise, non par les *résultats de l'acte accompli*, mais par le *mobile qui l'a fait accomplir;* non par l'intensité du dom-

(1) La même comparaison est faite par M. le professeur Tissier au cours d'un compte-rendu de la traduction du Code civil allemand due à M. Saleilles et à ses collaborateurs : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 512.

(2) **Josserand :** *L. C.*, p. 75.

mage causé à autrui, mais par l'état d'âme de l'agent; l'action humaine est étudiée *en tant que phénomène de volition;* c'est le *but poursuivi* qui constitue et dénonce l'abus » (1).

Cette formule a l'incontestable mérite de la précision et de la rigueur (2). J'aurais voulu pouvoir me l'approprier; car elle m'aurait permis de classifier avec certitude les nombreuses restrictions au droit individuel que je ren-

---

(1) *L. C.*, p. 44.

(2) Elle semble exprimer aussi la pensée de M. Saleilles qui, dans son rapport à la première Sous-Commission de révision du Code civil *(Bulletin de la Société d'études législatives,* IV, 1905, p. 334), écrit : « Etant donné un acte licite en lui-même par ses conditions extérieures et matérielles, il y a abus du droit s'il est permis de considérer cet acte comme illicite et contraire au droit, uniquement à raison de son but intentionnel. » Ainsi, trois écrivains qui, à la même époque, ont examiné les signes distinctifs de l'abus et du défaut de droit, arrivent à s'entendre à chercher le critère de l'abus du droit dans le but dans lequel le droit est exercé. J'ajoute, toutefois, qu'un autre savant français, M. Hauriou, qui, vers la même date, a examiné incidemment le problème dans une note du Sirey (1905, III, p. 19), aboutit, tout en faisant état, dans une certaine mesure, de l'idée de but (p. 19, col. 2) à un critère moins précis et plus souple (p. 20, col. 1). Pour M. Hauriou, « il y a dans tout droit deux éléments : un élément subjectif qui est la volonté d'exercer un pouvoir en vue de satisfaire un intérêt propre; un élément objectif qui est une certaine conception morale déterminée, *soit par la loi, soit par un certain idéal du commerce juridique* accepté par tous et qui règle la façon dont le pouvoir en question peut être exercé ». Pour l'exercice des droits ces deux éléments (subjectif et objectif) entrent fréquemment en lutte, et les hommes cherchent souvent à employer leurs pouvoirs dans des buts anti-sociaux. Toutes les fois que l'élément subjectif de la volonté se heurte à un texte de loi formel, c'est la légalité positive qui lui oppose une barrière et on est sur le terrain du défaut de droit. « Mais la loi positive ne suffit pas à notre instinct de justice; il se crée en avant d'elle un certain idéal, un certain droit naturel, une certaine conception de l'équité et de la bonne conduite qui nous interdit certaines façons d'agir... *c'est à cette sorte de droit naturel que correspond la théorie de l'abus des droits;* elle est un des moyens par lesquels se réalise l'idéal collectif du commerce juridique ».

contrerai le long de ma route, et de reconnaître immédiatement si elles rentrent dans le domaine de l'abus des droits ou si elles sont étrangères à mon sujet. Je n'aurais eu qu'à examiner si elles ont une direction objective ou subjective, si elles visent les facultés que peut comporter un droit ou les buts dans lesquels ces facultés peuvent être exercées.

27. Malheureusement, ce critère n'est pas susceptible d'exportation en dehors de la doctrine française. Il ne semble même pas qu'il puisse être acclimaté dans celui des milieux européens qui a été la terre d'origine de la théorie occidentale. Je ne vois pas bien, en effet, comment on pourrait le concilier avec l'application de la notion de l'abus des droits qui est faite par l'article 138, 2°, du Code civil allemand, pour le cas où quelqu'un a exploité le besoin ou l'inexpérience d'autrui pour l'amener à consentir un acte juridique trop désavantageux.

Son insuffisance est encore plus manifeste dans le droit musulman, qui, non seulement contient des dispositions semblables à celle de l'article 138, 2°, du Code civil allemand, mais qui fait, en outre, tomber sous le coup de la prohibition du mésusage du droit, un assez grand nombre d'autres situations fort importantes et très pratiques, où l'exercice du droit est considéré comme abusif à raison de la disproportion entre l'avantage réalisé par le titulaire du droit et le préjudice causé, soit à autrui, soit à la collectivité tout entière. Dans toutes ces applications de l'abus des droits, aussi bien dans celles qui sont propres au droit musulman, que dans celle qui lui est commune avec le droit allemand, il devient impossible de trouver l'élément constitutif du mésusage dans le but poursuivi, dans l'intention de l'agent. Car la volonté de ce dernier

est principalement dirigée vers la réalisation d'un bénéfice à son propre profit. Le préjudice infligé à autrui ou à la communauté n'est qu'une conséquence ou un contrecoup de cet effort vers la conquête d'un avantage. Il ne constitue ni le but principalement visé, ni le motif qui a mis l'agent en mouvement. Dans toutes ces hypothèses, il faut renoncer à dire que l'abus du droit se caractérise « non pas par les résultats de l'acte accompli, mais par le mobile qui l'a fait accomplir; non pas par l'intensité du dommage causé à autrui, mais par l'état d'âme de l'agent. » Car la raison déterminante qui fait alors qualifier mésusage tel ou tel exercice du droit, se trouve précisément dans la considération des résultats atteints ou de l'étendue du préjudice réalisé.

Le critère de distinction entre l'abus et le défaut de droit, si nettement défini par M. Josserand et qui parait prédominant dans la doctrine française, sera parfois d'un usage commode pour l'exposition de certains chapitres du *fiqh*, et j'y recourrai à plus d'une reprise. Mais il ne saurait fournir en droit musulman l'instrument d'une délimitation générale de frontières entre les deux domaines.

28. Pour éviter de travestir les conceptions de la jurisprudence islamique, en leur prêtant une rigidité de lignes qui leur est étrangère, nous devrons nous contenter de l'idée sommaire et superficielle qu'on demeure sur le terrain du défaut ou du dépassement de droit, toutes les fois que l'auteur d'un acte, usurpe une faculté qui n'est pas comprise dans la liste de celles que la loi considère comme inhérentes à son droit, tandis qu'on entre sur le terrain de l'abus du droit dès que l'agent fait de l'une des facultés normalement comprises dans l'étendue de son droit, un usage que la loi considère comme immoral ou

illicite. Nous ne pouvons arriver à un inventaire exact et précis du contenu des deux notions que par une description analytique. Si, pour permettre au lecteur de prendre, dès le début, une vue d'ensemble du sujet traité, il est nécessaire de proposer une formule provisoire et approximative, je me bornerai à dire que les règles du dépassement de droit sont des limitations *à la fois objectives et générales* apportées aux droits individuels, c'est-à-dire des limitations édictées à raison de la nature même de la faculté dévolue et destinées à s'appliquer quelles que soient les personnes mises en présence et les résultats pratiques obtenus par l'invocation ou l'usurpation de cette faculté; tandis que les règles constitutives de la doctrine musulmane de l'abus des droits forment des limitations, *soit d'ordre subjectif*, c'est-à-dire motivées par le caractère illicite ou immoral de l'intention de l'agent ou du but poursuivi, soit *relatives*, c'est-à-dire dues à la considération de la situation respective des individus intéressés ou des conséquences de faits dommageables auxquelles la mise en œuvre d'une faculté légale aboutit dans des espèces individuelles; destinées, dès lors, à ne se réaliser que dans certains cas seulement, et non pas dans les cas d'exercice de la faculté qui forme l'objet du mésusage possible.

PARAGRAPHE II

La théorie de l'abus des droits et la théorie de la responsabilité du risque créé. Leur indistinction en droit musulman.

29. Si les limites qui séparent la notion musulmane de l'abus des droits de la notion rivale du défaut de droit sont souples et complexes, elles n'en ont pas moins une

existence certaine. Il n'en est plus de même en ce qui concerne les rapports de notre doctrine avec la théorie de la responsabilité du risque créé. Inutile de rechercher de ce côté les traces d'une frontière quelconque. Il n'en existe certainement pas dans la science musulmane. Et cette constatation ne saurait nous surprendre.

Même en Europe, la théorie de la responsabilité extra-contractuelle du risque crée n'est entrée qu'assez récemment dans sa période de développement conscient et raisonné (1). Elle n'y a conquis ses premiers germes d'autonomie que pendant le dernier quart du XIX[e] siècle. M. Heinrich Brunner (2) a établi, il est vrai, avec sa sûreté et son abondance habituelles de documentation, que les précédents lointains de cette théorie d'allure très moderne se retrouvent dans le très ancien droit germanique qui, aux temps de son déroulement original à l'abri des influences romaines, a reconnu, à la charge du maître et du propriétaire, une responsabilité indépendante de toute idée de complicité ou de participation indirecte par défaut de choix ou de surveillance, à raison des délits commis par les esclaves, ou des dommages causés par les animaux ou même par les objets inanimés. L'éminent

(1) Sur la théorie du risque, voir surtout : **Josserand,** *De la responsabilité du fait des choses inanimées,* 1897 et notes au Dalloz, 1900; 2, 283, 1904; 2, 257, 1906; 2, 249, 1908; 1, 217. **Saleilles,** *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897, et *le Risque professionnel dans le Code civil,* 1898, 1, 634 et s., ainsi que la bibliographie étendue, donnée dans **Paul Pic,** *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, troisième édition, 1909, p. 809 et s.

(2) *Uber absichtlose Missethat im altdeutschen Strafrecht* dans *Sitzungsberichte der Berliner Akademie* (sur le crime sans intention dans le Code allemand ancien; voir les rapports de session de l'Académie de Berlin), 1890, p. 830 et s., et *Forschungen zur Geschichte der deutschen und franzœzischen Rechtes,* (Recherches relatives à l'histoire du droit allemand et français), p. 507 et s.

professeur de l'Université de Berlin a mis en lumière que les compositions, si souvent édictées dans les très anciennes coutumes anglo-saxonnes, allemandes et françaises, comme sanctions de délits involontaires ou de faits de hasard, tendaient déjà, dans une large mesure, à remplir des fonctions économiques similaires à celles en vue desquelles la loi allemande du 6 juillet 1884 et la législation impériale des années suivantes ont créé la responsabilité et l'assurance obligatoire des accidents professionnels (1).

30. Mais ces précédents germaniques sont séparés de la doctrine actuelle de la responsabilité du risque par la solution de continuité due aux siècles de domination du droit romain. Et surtout, ils se sont développés sur un tout autre terrain qu'elle. Alors que cette dernière est née sur le sol du droit civil, ils ne se sont jamais détachés du sol du droit pénal. Ils se présentent comme le produit ou les survivances de vieilles conceptions populaires qui, écartant de la règlementation du droit pénal l'élément intentionnel et psychologique pour ne prendre en considération que la matérialité des faits, considéraient les bêtes domestiquées et les objets inanimés comme pouvant être auteurs de délits, et imposaient la responsabilité de ces délits à la personne qui possède ou emploie pour son usage les animaux ou les objets en question (2). Si, dès le cours du moyen-âge, la responsabilité du maître ou de l'employeur, à raison de ces accidents, traités à l'origine

(1) *Forschungen*, p. 506. Sur le rôle que les lois allemandes en question ont joué dans la propagation de la responsabilité du risque dans le droit comparé occidental. **Paul Pic**, *L. C.*, p. 818 et s.

(2) Cf. **Brunner**, *Forschungen*, p. 491. **Brissaud**, *Cours général d'Histoire du droit français*, p. 1363 et s.

comme délits, a perdu dans bien des lieux le caractère de responsabilité pénale proprement dite, comportant un élément répressif, pour dégénérer en une responsabilité civile, limitée à la réparation du dommage causé, elle n'en a pas moins continué à former partie intégrante de la théorie des faits illicites.

Il faut attendre jusque vers la fin du XIX[e] siècle pour voir cette responsabilité de l'individu qui expose ses concitoyens à de nouveaux risques d'accidents ou de dommages, en entretenant ou en mettant en mouvement des forces animales ou des forces inanimées, reparaître dans la doctrine occidentale avec une structure et des fondements nouveaux, désormais débarrassée de la tutelle, non seulement du droit pénal, mais aussi de la notion du délit civil. MM. Josserand et Saleilles, ainsi que les nombreux auteurs français qui les ont suivis dans la voie originale ouverte par eux, expriment une conception dont les origines sont relativement très récentes, même dans les législations et les jurisprudences européennes, quand ils admettent que des actes parfaitement licites, compris dans le contenu matériel du droit et en constituant un exercice régulier et légitime, sont cependant susceptibles, par l'excès même du préjudice qu'ils déterminent, d'engager la responsabilité de leur auteur; quand ils affirment que les manifestations de l'activité humaine revêtant les formes les plus licites, voire les plus méritoires, ont nécessairement comme rançon le risque, ne sont accomplies qu'au péril de celui qui en court l'aventure et peuvent l'obliger à des dommages-intérêts, sans cesser pour cela de se produire en pleine conformité avec le droit (1).

(1) **Josserand,** *Abus des droits*, p. 48, 79, 81. — **Saleilles,** dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, p. 336-339.

Si l'on fait abstraction des détails pour n'envisager que les grandes lignes de l'évolution du droit comparé occidental, on constate, avec M. Saleilles (1), que la doctrine moderne de la responsabilité du risque créé a fait son apparition de deux côtés à la fois; d'une part, sur le terrain des faits industriels, par suite du développement de la notion du risque professionnel dans les législations sur les accidents du travail, et d'autre part, dans le domaine du droit administratif, sous l'influence des méthodes nouvelles d'exploitation des grands services publics nées de la multiplication des inventions scientifiques et des transformations de la vie économique contemporaine (2).

31. C'est assez dire que cette doctrine trouve sa raison d'être dans l'apparition de formes complexes et différenciées, tant de l'organisation étatique que de l'outillage et de la technique de la production et de la circulation des richesses, dont les maîtres de la science juridique musulmane n'ont pas eu à se préoccuper, pour l'excellente raison qu'elles n'existaient pas de leur temps. C'est assez dire qu'elle répond à des besoins économiques encore étrangers à une grande partie du monde islamique et qui, même en Egypte, ne se sont fait jour que par l'effet du commerce avec l'Occident, et vers le moment où la réglementation juridique des transactions économiques a échappé au droit musulman pour devenir l'objet d'un droit territorial et laïque. Il va de soi, dès lors, que

(1) *L. C.*, p. 335.

(2) On a quelquefois recouru aussi à cette théorie pour trouver un fondement doctrinal aux dispositions des nombreuses législations européennes, et notamment de la loi française du 8 juin 1895, qui imposent à l'Etat une réparation pécuniaire des erreurs judiciaires commises en matière pénale. Voir **Larnaude,** dans *Revue pénitentiaire,* XX, 1896, p. 14-16.

l'idée d'une responsabilité extra-contractuelle du risque créé n'a pas pu se dessiner dans la jurisprudence musulmane avec l'allure audacieuse et combative que la préoccupation de concilier avec les principes généraux du droit civil ses applications extensives en matière d'accident du travail (1) et de dommages causés par l'exécution des travaux publics (2), lui a fait imprimer dans la civilistique française, par une doctrine toute récente et encore vivement contestée (3).

La science islamique du *fiqh* est cependant assez vaste et assez féconde en fines analyses pour qu'il soit facile d'en dégager tous les éléments d'une théorie d'ensemble de la responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses animales ou des choses inanimées. J'ajouterai

(1) Cette doctrine récente ne peut toutefois aboutir qu'à un rapprochement et non pas à une coïncidence parfaite entre les solutions de la législation industrielle, inaugurée en France par la loi du 9 avril 1898, et les règles du droit civil. En effet, à la différence de la loi de 1898, elle ne met à la charge du créateur du risque nouveau que la responsabilité de l'accident dû au cas fortuit et non pas celle de l'accident dû à la faute légère de la victime.

(2) Notons, toutefois, que les solutions libérales de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de dommages causés par l'exécution des travaux publics, qui ont contribué à inspirer à la jeune école civilistique française sa théorie de la responsabilité du risque créé, sont expliquées par quelques-uns des spécialistes les plus autorisés du droit administratif au moyen d'une autre théorie, la théorie de l'égalité des charges entre citoyens, d'où l'on déduit l'obligation pour l'Etat, au cas où il fait subir un sacrifice exceptionnel et spécial à un citoyen au nom de l'utilité générale, de lui accorder une compensation de ce sacrifice immérité. **Michoud**, *La théorie de la personnalité morale*, II, p. 257 et s. **Otto Mayer**, *Droit administratif allemand*, § 53 et 54, tr. française, IV, 221 et s. **Teissier**, *De la responsabilité de la puissance publique* n° 147.

(3) Elle est repoussée notamment par **M. Planiol**, *Revue critique de législation*, 1905, p. 277, *Traité élémentaire de droit civil*, II (5), p. 281, § 863 *ter*, et **Dalloz**, 1905, I, p. 153 et **Esmein**, S. 97. I. 17; — 98. I. 85; — 99. I. 497. **M. Barde**, *Obligations*, III (2), page 1197, paraît se séparer ici de M. Planiol.

même que, dès le second siècle de l'Hégire, le principe de l'obligation de réparer les dommages causés à autrui par les risques nouveaux d'accident mis en circulation, incombant à celui qui modifie dans son intérêt personnel le jeu des phénomènes naturels, est déjà proclamé très nettement dans les remarquables lignes que le plus ancien auteur hanefite dont l'œuvre soit parvenue jusqu'à nous, Abou Yousef (1), consacre à la responsabilité encourue par le riverain constructeur de digues envers les propriétaires de bateaux endommagés par le heurt de ces digues.

32. Mais cette responsabilité n'a jamais perdu, en droit musulman, le caractère délictuel. Elle n'a jamais cessé de reposer sur l'idée que le maître de l'objet ou de l'être générateur de dommages et le créateur d'un état de choses nouveau sont plus ou moins coupables, ne fut-ce que par imprudence ou direction dangereuse de leur activité, du délit de l'esclave ou de l'animal, du délit du puits ou du pont, du mur ou du fossé, en un mot du délit de la force ou de l'outillage économique créé ou employé par eux. Cette responsabilité s'est développée chez nous sur un fondement fort semblable à celui que lui assigne en France l'interprétation ancienne et encore prédominante des articles 1384 à 1386 du Code civil, c'est-à-dire sur la base d'une présomption de faute. Elle y demeure toujours cantonnée sur le domaine général de la théorie des faits illicites, dont elle apparait, en quelque sorte, comme une excroissance.

En ce qui concerne l'interprétation de la jurisprudence musulmane, il faut donc renoncer à opposer la responsabilité du risque créé à la responsabilité de l'exercice abusif

---

(1) *Kitab Al Kharadj*, p. 53.

du droit, car la première de ces responsabilités n'y a jamais été érigée en institution distincte et rivale de la seconde. Elles se sont toujours comportées dans leurs relations réciproques, comme la partie par rapport au tout, ou, plus exactement peut-être, comme la branche par rapport au tronc. Nous constaterons, en effet, au cours de cette étude, que les applications islamiques de la responsabilité du fait des choses inanimées qui nous frappent par leur similitude avec les applications jurisprudentielles des articles 1384 à 1386 du Code civil, qui ont provoqué la formation de la jeune doctrine française de la responsabilité du risque créé, ont été déduites par les savants musulmans du principe général de l'interdiction de l'usage abusif des droits. Telle est l'origine notamment des dispositions du *fiqh* sur la responsabilité des dommages causés à autrui par les constructions immobilières, par les travaux d'irrigation et d'endiguement, de défrichement ou de fécondation du sol, ou par l'utilisation industrielle des immeubles (1).

33. Je note au passage un détail qui achèvera de caractériser la position prise à cet égard par le droit musulman. Les constructeurs de la jeune théorie civilistique du risque créé citent volontiers la responsabilité du « propriétaire qui installe sur son fond une usine dont les vapeurs délétères nuisent aux récoltes avoisinantes » (2), comme une de celles qui constituent les applications les

(1) Mes chers maîtres de l'Ecole khédiviale de droit, les cheikbs *Mohammed Zeïd* et *Mohammed Salamah* appliquant les règles traditionnelles de la jurisprudence islamique aux situations nouvelles nées du développement de l'industrialisme contemporain, ont déduit du même principe la justification d'une responsabilité incombant à l'employeur à raison des accidents causés par ses machines à vapeur. (*Charh 'Morchid Al hâïran* tome I, p. 45).

(2) **Josserand**, *Abus des droits*, p. 46, 82.

plus claires de leur doctrine et peuvent le moins se confondre avec la responsabilité, soit de l'usurpation des droits, soit de l'abus des droits. Cette responsabilité se retrouve dans la jurisprudence musulmane, dès les temps les plus anciens, mais bien entendu avec les modifications dans la mise en œuvre qu'impliquent la différence des milieux économiques et l'évolution de l'outillage de la production. Elle s'y présente sous la forme de la responsabilité du propriétaire qui crée sur son immeuble un établissement incommode ou nuisible aux voisins, comme un bain public, — c'est l'exemple classique. Mais les auteurs musulmans n'ont jamais songé à la faire mouvoir sur un terrain indépendant ; ils sont unanimes à lui assigner comme fondement la distinction entre l'exercice légitime et l'exercice abusif des facultés légales.

Sur ce point, d'ailleurs, la doctrine musulmane de l'abus des droits présente de curieuses analogies avec la théorie de droit prussien qui a donné naissance à l'article 226 du Code civil allemand et provoqué, par l'intermédiaire de cette disposition, la cristallisation de la doctrine occidentale. En effet, nous avons pu constater antérieurement (1), grâce aux commentateurs du *Landrecht*, que jusqu'à 1900, cette théorie prussienne a surtout été employée par la jurisprudence à assurer entre propriétaires voisins la réparation des dommages causés par l'utilisation industrielle ou forestière des fonds.

34. Il est manifestement impossible de faire fonctionner en droit musulman l'une quelconque des lignes de démarcation que l'on a, dans ces dernières années, proposé, en France, d'établir entre l'usage abusif des

(1) Voir ci-dessus, p. 6 et 8.

droits, et l'usage licite, mais s'exerçant aux risques et périls de l'agent et à charge de réparer le préjudice qui peut résulter pour autrui de la réalisation des risques créés par cet exercice. Deux savants français ont fait une étude particulièrement attentive de cette question de classification, MM. Saleilles et Josserand.

La ligne de démarcation à laquelle s'arrête M. Saleilles, dans son rapport sur l'abus des droits, est empruntée en partie au mécanisme doctrinal des deux théories, en partie à leurs sanctions. D'après M. Saleilles, le fait régi par la théorie du risque créé est « un fait *parfaitement licite*, accompli en vertu d'un droit, mais c'est un fait qui, tout en étant licite, est accompli aux risques et périls de celui qui en court l'aventure. » « Les actes *les plus licites*, ceux qui sont compris dans le contenu matériel du droit peuvent devenir générateurs de risques, *sans cesser d'être des actes licites, c'est-à-dire d'être accomplis en pleine conformité avec le droit dont ils sont l'expression* » (1). Au contraire, le fait qui tombe sous le coup de la doctrine de l'abus des droits est « *un fait contraire au droit*, un fait *illégal par le caractère anti-social* du but intentionnel qui en marque la destination » (2). Le premier engage bien

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, p. 336.

(2) *L. C.*, p. 339. Cf. **Josserand**, *Abus des droits*, p. 46, qui, opposant les cas où le propriétaire abuse de son droit à ceux où il crée des risques en l'exerçant régulièrement, écrit : « Ces deux catégories de situations se distinguent par une nuance où nous voyons un contraste; tandis que le premier propriétaire fait de son droit un usage scandaleux, inadmissible, abusif; *tandis que son acte est atteint d'un vice originel;* le deuxième *exerce sa prérogative en demeurant dans l'esprit de l'institution.* Son acte n'a *rien d'anti-social; il est conforme aux prévisions du législateur;* il n'y a pas eu détournement, donc pas abus du droit de propriété, mais seulement dommage anormal et par conséquent injuste, causé par l'exercice légitime de ce droit ».

à la réparation des dommages produits par la réalisation des risques, mais cette réparation « *ne peut aller jusqu'à la suppression de la cause d'où provient le risque,* puisque cela reviendrait à supprimer le droit lui-même », tandis que le second « exige non seulement qu'il y ait réparation pécuniaire, et non seulement qu'il y ait réparation en nature, mais *inexécution totale d'un acte considéré comme contraire au droit :* la sanction qui le concerne est l'*opposition préalable à exécution,* tout autant que la réparation s'il est exécuté » (1).

35. A quelque point de vue qu'on l'envisage, la formule de M. Saleilles se trouve en contradiction flagrante avec les données positives du droit musulman. Peu importe, aux yeux de la jurisprudence islamique, que le fait d'exercice du droit qui donne ouverture à une action en réparation soit considéré comme générateur de responsabilité à raison de la direction malicieuse de la volonté de l'agent ou à raison du caractère excessif des dommages causés à autrui. Dans un cas comme dans l'autre, la science musulmane estime que l'agent a dépassé la sphère normale d'activité de son droit; qu'il a fait un usage illicite, parce qu'immodéré, des facultés légales qui lui sont reconnues en principe; qu'il a abouti pratiquement a détourner partiellement un droit individuel de sa véritable destination sociale; que son acte devient, dès lors, dans la mesure où il excède le maximum d'atteintes toléré à l'intérêt des tiers, un acte en contradiction avec les principes du droit au sens général du mot, c'est-à-dire avec l'ensemble des règles obligatoires qui régissent les rapports des hommes vivant en société. La science isla-

(1) *L. C.*, p. 339. Cf. **Josserand**, *Abus des droits*, p. 66.

mique reconnaît que l'exercice d'une faculté légale peut prendre un caractère anti-social, et par conséquent irrégulier, aussi bien à raison du résultat atteint qu'à raison du but poursuivi. Elle admet que l'individu qui, en usant de son droit sans mauvaise intention, cause un préjudice excessif à autrui, ne se conforme pas aux prévisions du législateur et exerce sa prérogative en dehors de l'esprit de l'institution.

36. Les deux catégories de faits générateurs de responsabilité entre lesquels la jeune doctrine française établit un parallèle et une opposition, ne se distinguent pas plus en droit musulman au point de vue de leurs sanctions qu'au point de vue de leur qualification légale. Les cas de responsabilité du fait des choses inanimées, qui s'expliquent le plus facilement par l'idée d'une responsabilité du risque créé, donnent lieu dans notre jurisprudence religieuse, tantôt à une simple action en indemnité, mais tantôt aussi à une action tendant à empêcher l'établissement ou à obtenir la suppression de la cause nouvelle de risques. C'est ainsi que, pour fixer la nature des réparations accordées aux tiers à l'occasion des dommages causés par les digues et les canaux d'irrigation construits, soit par les particuliers sur leur terrain, soit par le Souverain lui-même, Abou Yousef recherche déjà si l'utilité réalisée par le constructeur est supérieure ou inférieure aux risques de dommages qu'il met en circulation. Dans le cas où l'utilité dépasse le préjudice, nul ne peut s'opposer à la construction ou demander la suppression de ces travaux et la réparation due à ceux dont les intérêts sont lésés ou menacés se réduit à l'obtention de dommages-intérêts. Mais, dans l'hypothèse contraire, quand les dommages imposés aux tiers dépassent l'utilité écono-

mique produite, les intéressés peuvent s'opposer à l'élévation de la digue ou au creusement du canal (1). Et, réciproquement, quand le droit musulman déclare un acte d'exercice du droit abusif à raison de la volonté malfaisante qui l'a inspiré, il ne sanctionne pas toujours cette déclaration d'abus par une action en opposition à la réalisation de l'acte abusif ou par une action en nullité. Il se contente souvent de moyens de pression ou de réparation plus indirects et moins énergiques. L'échelle des sanctions islamiques reste la même dans les deux séries d'hypothèses.

37. A côté des critères distinctifs empruntés au fondement de la responsabilité ou à la nature des réparations auxquelles elle peut aboutir, M. Josserand fait intervenir, en outre, pour préciser encore plus exactement les positions respectives que doivent occuper dans la doctrine française, la théorie de l'abus des droits et la théorie du risque créé, deux autres marques séparatives tirées, soit de l'origine, soit des caractères intrinsèques du dommage qui fait naître le droit à réparation.

1° L'acte qui constitue un exercice abusif du droit « *devient générateur de responsabilité aussitôt qu'il cause un dommage* » ; « l'acte accompli dans l'exercice normal du droit, mais productif de risques, ne donne naissance à réparation qu'à partir du moment où les risques qu'il a créés se sont réalisés. Dans le premier cas, le dommage qui motive la responsabilité naît directement et immédiatement de l'acte déclaré abusif ; dans le second cas, il ne sort qu'indirectement et après coup de l'acte traité comme normal et régulier ; il n'apparait pas comme la suite

(1) **Abou Yousef,** *Kitab Al Kharadj*, p. 53-56.

nécessaire de cet acte, mais comme le résultat d'une de ses conséquences accidentelles ; pour qu'il soit générateur de responsabilité, il faut « *qu'il représente la réalisation d'un risque précédemment constitué* » (1).

Appliquée à notre matériel traditionnel de solutions juridiques, cette opposition se révèle exacte dans un grand nombre de cas, mais non pas toujours. Nous venons de voir, en effet, par l'exemple emprunté à Abou Yousef et à l'hypothèse de la construction des digues et canaux, que la responsabilité de l'individu qui met en circulation des risques nouveaux et exceptionnels, n'attend pas toujours pour s'affirmer, la réalisation effective du risque ; qu'elle peut prendre corps et même s'exercer, avant que la menace de dommage se soit transformée en dommage consommé ; que le préjudice excessif peut, comme toutes les autres formes de l'abus du droit, justifier, dans certains cas, une opposition des intéressés à l'accomplissement de l'acte dangereux pour eux (2). Cette première sorte de distinction, au point de vue de leurs qualités, des dommages générateurs de responsabilité, n'étant pas spécifique, ne saurait donc fournir à l'interprète du droit musulman un instrument de classification.

38. 2° M. Josserand, déduisant de la doctrine française l'une de ses plus claires conséquences logiques,

---

(1) **Josserand,** *Abus des Droits*, p. 81 et 83.

(2) Cette différence entre la théorie musulmane et la théorie française est la conséquence nécessaire de l'absence en droit musulman de toute mesure administrative analogue à celles qu'organisent en France le décret du 15 octobre 1810, pour les industries insalubres ou incommodes, et les textes relatifs à la procédure de la déclaration d'utilité publique en matière de travaux publics. La théorie de l'abus des droits a dû prendre, en droit musulman, une partie de la fonction que remplissent en France ces institutions administratives.

constate que l'acte abusif doit donner lieu à responsabilité par cela seul qu'il est dommageable, quel que puisse être le degré de gravité ou d'énergie que présente le dommage, pourvu qu'il soit appréciable (1). « Cette condition ne suffit plus, dit-il, quand il s'agit d'un acte qui se présente comme la manifestation normale d'un droit; encore faut-il que cet acte, *par l'intensité même du préjudice causé, ait rompu objectivement l'équilibre des droits en présence.* » « L'abus du droit est une notion d'ordre subjectif, le risque a une allure objective très prononcée, puisque l'un, du moment qu'il est constaté, *dénonce infailliblement la rupture qui s'est produite dans l'équilibre des droits,* au lieu que l'autre impose au juge, à moins d'un texte formel, un travail de dosage très méticuleux dont le résultat variera d'individu à individu, de conscience à conscience » (2).

Ce dernier critère présenterait, grâce à sa matérialité, une extrême facilité d'emploi. Mais il n'est pas plus conciliable que les précédents avec les données de la jurisprudence islamique. Ce n'est pas seulement en ce qui concerne les actes créateurs de risques anormaux ou artificiels que le droit musulman subordonne la déclaration d'abus à la justification de dommages d'une certaine étendue. Il fait aussi, de l'intensité du préjudice causé, une des conditions d'existence de l'abus du droit au cas d'exploitation par un individu riche ou rusé de la détresse ou de l'inexpérience du prochain. Dans le droit musulman, aussi bien que dans le nouveau droit allemand, l'exploité ne peut obtenir réparation qu'autant qu'il a subi, dans ses droits ou ses intérêts, une lésion d'une certaine gravité. Si les interprètes les plus autorisés du *fiqh* ont consacré

(1) **Josserand :** *L. C.*, p. 77.

(2) *L. C.*, p. 81. Cf. p. 79 et 80.

de longs et minutieux développements à l'étude du préjudice excessif ou disproportionné, ce n'est pas en vue d'édifier sur le fondement de cette notion une espèce particulière de responsabilité, s'opposant à celle qui naît de l'abus des droits, mais pour éclairer la place qu'elle occupe parmi les divers facteurs, non pas cumulatifs, mais concurrents, qui peuvent faire dégénérer l'usage d'un droit en abus.

Tous les caractères proposés pour servir de base à la classification en faits d'abus du droit et en faits de création de risque, obligeant à garantie ou réparation, échouent dès qu'on essaie de les vérifier en droit musulman. Cela seul ne suffirait-il pas à nous avertir, même en l'absence de démonstration directe, que la législation islamique ne soumet pas à des traitements différents ces deux catégories de faits ; qu'elle a toujours laissé la seconde confondue dans la première et qu'elle n'a jamais vu dans la responsabilité du risque artificiel et excessif qu'une des nombreuses variantes de la responsabilité de l'abus des droits?

SECTION II

Comparaison de la doctrine musulmane et de la doctrine occidentale au point de vue des méthodes de réalisation. Le rôle moralisateur de la théorie de l'abus des droits.

39. La comparaison que nous venons d'instituer entre le domaine effectivement occupé par la théorie de l'abus des droits dans notre jurisprudence religieuse et celui que revendiquent pour elle ses principaux représentants français, montre déjà que la vieille aïeule musulmane

dépasse de beaucoup sa jeune parente française en amplitude d'application, en souplesse et flexibilité de lignes. Cette supériorité de plasticité, et par conséquent d'activité et de productivité, non plus seulement par rapport à la doctrine française, mais, d'une façon plus générale, à la doctrine occidentale, ressort peut-être encore plus clairement, quand on envisage la doctrine musulmane au point de vue de ses méthodes de réalisation. Ce n'est point ici le lieu propice pour procéder à l'analyse de ces méthodes. Elle formera l'objet d'une des sections de la seconde partie de mon étude. Pour achever l'énumération des faits qui donnent à la doctrine musulmane une physionomie vraiment originale et particulariste par comparaison avec les doctrines similaires d'Occident, il me suffira de constater pour l'instant, renvoyant à des justifications ultérieures, que, par rapport à ces dernières, elle présente une gamme de sanctions infiniment plus riche et plus nuancée, par là même plus mobile et élastique.

Elle doit cette abondance et cette variété de sanctions au fait même qu'elle s'encadre dans un ensemble de règles de conduite sociale qui participent simultanément à la nature de la norme juridique humaine et à celle des prescriptions divines, et qui, dès lors, disposent à la fois des moyens d'action du droit positif et de ceux de la morale religieuse. Je touche ici à une idée directrice que le lecteur européen ne devra jamais perdre de vue s'il tient à pénétrer le sens intime et la raison d'être profonde des constructions de la science islamique que je vais faire défiler devant lui. Son esprit, d'ailleurs, doit être préparé aux constatations nécessaires par le souvenir, déjà un peu lointain, sans doute, de controverses reten-

tissantes dont l'écho reste enregistré dans certaines revues scientifiques européennes.

40. Vers le moment où les travaux de M. Josef Kohler ont commencé à attirer en Allemagne l'attention des historiens du droit comparé sur quelques-uns des monuments classiques de la jurisprudence musulmane, qui fourniront les matériaux de la seconde partie de notre étude, d'ardentes discussions sur la portée pratique et le degré d'application effective des solutions du *fiqh* se sont déroulées dans le *Rechtsgeleerd Magazijn* (1) et dans la *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* (2), entre l'éminent professeur de la Faculté de droit de Berlin et deux savants orientalistes : MM. Snouck-Hurgronje et Ignaz Goldziher. Alors, que le premier considère toutes les règles énumérées dans la *Hedaya* ou dans le *Minhadj al Talibin* comme les manifestations de coutumes juridiques également enracinées dans l'usage populaire et douées du même degré d'applicabilité judiciaire, les seconds voient, au contraire, dans l'ensemble de ces dispositions « une théorie des devoirs de caractère entièrement idéal et de portée théorique » et affirment « qu'il n'y a qu'un petit nombre de chapitres du droit musulman dont les dispositions aient effectivement pénétré dans la pratique, et aient été en état de régler la vie » (3).

(1) Le tome IV contient l'article de Snouck-Hurgronje, qui a ouvert la polémique : *De Fiqh en de Vergelijkende Regtwetenschap* et une première réponse de J. Kohler : *Zum Studium des Islamitischen Rechts*, et le tome VI une seconde réponse de Kohler : *Jurisprudenz und Philologie*.

(2) Tome VIII. **Goldziher,** *Muhammedanisches Recht in Théorie und Wirklichkeit*, p. 406-423, et **Kohler,** *Die Wirklichkeit und Unwirklichkeit des islamitischen Rechts*, p. 424-432.

(3) **Goldziher,** dans *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, VIII, page 407.

M. Edouard Lambert (1), a déjà montré que cette controverse repose sur un malentendu et que toute l'argumentation de MM. Snouck-Hurgronje et Goldziher est dirigée contre une conception aprioristique de la notion du droit positif qui, jusqu'ici, n'a encore jamais trouvé sa réalisation même dans les législations, comme le Code civil français, qui affectent la prétention d'être complètement laïcisées.

41. Pour nous, qui de père en fils, sommes habitués à prendre les préceptes du *fiqh* à la fois comme guides de notre vie morale intérieure et comme règles de nos relations sociales, nous éprouvons quelque surprise en voyant surgir pareille discussion. Nous ne songeons pas à nous demander si le *fiqh* est une théorie des devoirs ou un corps de droit positif; car il représente à nos yeux, et au même degré, l'une et l'autre de ces deux choses que nous ne saurions dissocier autrement que par l'analyse logique et, en quelque sorte, théoriquement.

Les savants européens se rendraient un compte plus exact du mécanisme réel et de la véritable portée sociale du droit musulman, si, quand ils cherchent à définir la nature de nos institutions juridiques traditionnelles, ils gardaient plus constamment présent à l'esprit, le souvenir de cette législation canonique qui, pendant de longs siècles, a plié la chrétienté entière sous sa domination et qui marque encore de son empreinte indélébile le droit de la famille dans toutes les législations occidentales. Ils comprendraient mieux, à la lumière de cette comparaison, que la distinction établie par les canonistes chrétiens entre les règles du for intérieur et les règles du for exté-

(1) *Fonction du droit civil comparé*, p. 378 et s.

rieur, entre celles qui relèvent des tribunaux de ce monde et celles dont l'application est laissée au Tribunal du jugement dernier, doit trouver un équivalent plus ou moins lointain dans tous les systèmes supérieurs de droit religieux.

Le *fiqh* contient à la fois le droit et la morale. En même temps que les relations que les hommes entretiennent, soit entr'eux, soit avec le groupe social auquel ils appartiennent, et qui s'expriment par des manifestations extérieures plus ou moins aisément saisissables pour l'œil humain, il régit aussi leurs relations avec Dieu, qui, étant plus intimes et se déroulant en grande partie dans le secret de la conscience, ne peuvent pas toujours être utilement scrutées par d'autres que par le juge infaillible et omniscient. Il va, dès lors, de soi, que le *fiqh* se compose nécessairement de deux cercles concentriques de prescriptions, l'un extérieur et plus compréhensif, seul rigide et absolument immuable, englobant sans exception toutes les obligations, toutes les défenses, toutes les règles de conduite que Dieu a tracées à l'homme et dont il réprime la transgression par les peines de l'autre monde ; l'autre intérieur, plus étroit, susceptible en fait d'une certaine mobilité par suite de l'attitude individuelle des dépositaires de la fonction judiciaire, qui se limite à ceux des préceptes divins dont le juge humain assure personnellement l'observation et la mise en œuvre par les moyens de contrainte et la puissance de commandement que l'organisation étatique met à sa disposition ; ceux, en un mot, qui constituent son programme d'administration de la justice terrestre.

Par là même que le *fiqh* est d'origine révélée, que ses dispositions ont leur fondement, non pas dans la

volonté des hommes, mais dans la volonté de Dieu, les moyens de réalisation religieux doivent en constituer les sanctions normales. Ce n'est que dans certains cas que l'action immédiate et préventive des tribunaux du monde vient seconder l'action future et définitive du Tribunal divin, que les sanctions civiles viennent s'adjoindre aux sanctions religieuses et coopérer avec elles. Mais, même alors, la sanction religieuse ne s'efface jamais devant la sanction humaine. Elle reste au premier plan. Elle constitue la sanction de droit commun, celle qu'on est toujours sûr de retrouver (1).

42. Ce caractère très général du *fiqh* s'affirme avec une particulière clarté dans les chapitres consacrés à la mise en œuvre et à la réalisation pratique de la théorie musulmane de l'abus des droits.

En présence des formes les plus redoutables de l'abus des droits, de celles qui menacent le plus gravement la sécurité juridique ou économique des humbles et des faibles, la jurisprudence islamique tombe généralement d'accord avec les jurisprudences occidentales les plus récentes pour les punir, soit directement par des actions en nullité, soit indirectement par des actions en réparation pécuniaire du préjudice causé. Mais, quand elle ne croit pas devoir recourir à ces mesures énergiques, parce qu'elle se trouve en face de faits de mésusage du droit, soit de moindre gravité sociale, soit d'une démonstration juridique plus difficile ou plus incertaine, et parce qu'elle craint d'apporter une perturbation trop profonde, sans compensation suffisante, dans des situations juridiques en apparence acquises, elle ne devient pas pour cela, comme les doctrines similaires européennes, complètement impuissante à combattre un exercice des facultés légales

(1) Voir, dans ce sens, une tradition du Prophète dans « *Al Omm* », t. VI, p. 202.

qu'elle estime immoral ou contraire à leur destination sociale. Il lui reste alors le recours aux voies de répression et aux instruments d'intimidation d'ordre religieux.

Et il ne faudrait pas s'imaginer qu'il s'agisse là, d'armes négligeables. Qu'on ne s'y trompe pas : dans la société musulmane les sanctions religieuses peuvent, à plus d'un égard, rivaliser avec certaines sanctions civiles ou même pénales, au point de vue de la force de coercition et de la puissance d'exemplarité. Même dans ceux des pays d'Occident, comme la France, où les libres-penseurs, les indifférents, et ceux qui ne se trouvent plus reliés à une religion que par les habitudes de leur milieu ou par des traditions ancestrales, sont peut-être plus nombreux que les fidèles vraiment fervents et attachés à l'observation scrupuleuse de toutes les prescriptions de leur confession, la crainte des mesures de répression religieuse est encore assez vivace pour exercer une influence fort appréciable sur l'orientation effective de la vie juridique, et assurer, par exemple, la persistance, à côté de l'institution laïque du divorce, de l'institution concurrente, d'origine religieuse, qu'est la séparation de corps. On doit comprendre, dès lors, combien plus grande et plus intense est l'efficacité des châtiments divins et des peines de l'autre monde dans une société, comme la nôtre, où l'élite dirigeante communie avec la foule dans la même foi sincère et agissante, où la libre pensée et l'indifférence en matière confessionnelle sont choses inconnues, où le souci de l'accomplissement des devoirs envers Dieu et de la préparation à la vie future reste au premier plan des préoccupations de tous les hommes, à quelque classe et à quelque milieu professionnel ou intellectuel qu'ils puissent appartenir. La présence de peines exclusivement reli-

gieuses dans l'échelle des sanctions de l'abus des droits assure donc à la théorie musulmane, en même temps que l'aptitude à graduer plus minutieusement ses effets selon les exigences des cas, une puissance d'extension que la théorie occidentale ne possède pas au même degré.

43. Il importe de remarquer, en outre, que la délimitation entre les variétés de l'abus du droit qui donnent lieu à l'intervention du juge et celles qui ne comportent qu'une répression uniquement religieuse est toujours restée assez souple dans la jurisprudence islamique pour permettre à notre théorie de se développer harmonieusement et de s'adapter à tous les besoins des temps. Dans un certain nombre d'hypothèses, comme celle que nous étudierons plus tard sous la rubrique de l'accaparement, le mésusage des droits, traité d'abord seulement comme un acte détesté, qui n'engendre au détriment de son auteur que des conséquences d'ordre moral et religieux, a été transformé par un travail plus attentif de l'interprétation légale en un acte interdit juridiquement et générateur de sanctions d'ordre civil ou pénal.

Le *fiqh* a toujours reconnu au juge une certaine latitude de mouvements et une relative liberté d'appréciation dans le choix et le dosage des mesures répressives destinées à punir ou paralyser l'usage illicite des droits individuels. Nombreux sont les cas où le droit musulman se contente de proclamer le caractère abusif de telles ou telles formes d'exercice d'une prérogative légale, en laissant au juge le soin de dégager les conséquences pratiques de cette déclaration d'abus et de faire le nécessaire pour ramener dans les limites de sa destination normale la prérogative légale qui a été faussée par la fraude ou la malice de son titulaire. Dans toutes ces hypothèses où la

loi divine n'a pas formellement muni sa prescription d'une sanction déterminée, le juge dispose, pour en assurer le respect et, par conséquent, pour empêcher ou réprimer l'abus des droits, d'un pouvoir discrétionnaire de correction, le *Ta'dhir* (1), qui a eu sur la pénétration des maximes du *fiqh* dans la vie juridique pratique, une influence comparable à celle qu'a exercé sur le développement du droit canonique occidental l'institution de la Pénitence. Le *Ta'dhir* a fourni au juge musulman le moyen d'élargir presque indéfiniment le cercle des applications humaines et judiciaires de la doctrine de l'abus des droits au détriment de la partie de son domaine laissée à l'unique action de la contrainte religieuse.

44. Les observations rapides que je viens de présenter au sujet des sanctions musulmanes de l'abus des droits, et qui trouveront plus ample justification dans la suite de cette étude, suffisent, je l'espère, pour faire comprendre immédiatement l'importance réelle et la véritable nature de la fonction exercée dans la jurisprudence islamique par la théorie de l'abus des droits. Elle sert à y assurer une liaison permanente, une interpénétration de tous les instants entre les deux cercles de dispositions que j'ai antérieurement distingués à l'intérieur du *fiqh*. Elle y constitue l'instrument principal par l'intermédiaire duquel le cercle enveloppant de la morale religieuse exerce sa réaction incessante et salutaire sur le cercle étroit et enveloppé des règles munies de l'application judiciaire effective et garanties par la contrainte étatique. Elle s'y présente comme le résultat d'un travail de conci-

(1) **Kamal Al Din Moh'ammed Ibn Abd Al Ouah'ed Ibn Al Hamam**, *Charh' Fath' Al Qadir*. (Edition de l'Imprimerie Nationale du Caire, 1317, tome IV, pages 211 à 218).

liation entre les exigences du droit strict et celles de l'équité, comme un procédé de moralisation de l'administration de la justice.

45. Mais ce n'est pas là, à vrai dire, un caractère distinctif de la doctrine musulmane. Celle-ci ne fait qu'exprimer avec plus de franchise et de clarté les idées directrices qui sont nécessairement à la base de toute théorie de l'abus des droits et en constituent l'intime raison d'être. Il n'est pas douteux que la notion de l'abus des droits, par sa nature même, sous quelque forme qu'elle se présente et quelque limite que puisse être le cadre où on l'enferme, aboutit inévitablement à rendre moins étanches les cloisons que les juristes occidentaux ont travaillé pendant la première partie du XIXe siècle à dresser entre le droit positif et la morale juridique; qu'elle tend à faire passer, sous la lettre rigide et immuable des textes législatifs, le souffle vivifiant et mobile de l'équité ou, pour reprendre l'expression de M. Hauriou, à assouplir la légalité positive en la faisant évoluer vers un idéal collectif de bon commerce juridique qui varie nécessairement quelque peu avec les modifications dans les conditions économiques de la vie sociale.

C'est précisément ce que lui reprochent ceux des auteurs français qui s'attaquent, non plus seulement, comme M. Planiol, à la formule doctrinale préconisée par MM. Gény, Saleilles, Josserand, mais à la conception même du rôle éthique de la norme juridique et de la fonction sociale du juge dont cette formule est l'expression. Leurs objections ont été excellemment résumées vers 1898, par M. Esmein, avant même que la nouvelle doctrine ait eu le temps d'établir ses positions définitives et de conquérir sa place légitime dans la littérature civi-

listique française. « Malgré ce que cette doctrine a d'élevé, écrit le savant maître parisien, et malgré les autorités qui la soutiennent, elle ne nous paraît pas acceptable. La faute prévue par l'article 1382 ne peut être qu'un acte illicite, et l'exercice d'un droit, dans les limites que la loi lui a tracées, ne saurait être illicite quelle que soit l'intention de celui qui l'exerce. *En entrant ainsi dans la recherche des intentions,* en professant qu'un droit malicieusement exercé, quoique sans aucune manœuvre dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, *on substitue,* nous le craignons, la *faute morale* à la *faute juridique* et *on transforme nos juges en censeurs* » (1). M. Esmein redoute qu'en autorisant le juge à faire plier la rigueur du droit devant des préoccupations de moralité et à scruter les mobiles des actions humaines, pour refuser la sanction de la consécration judiciaire aux volontés malicieuses ou anti-sociales, on n'arrive à compromettre la stabilité des relations juridiques individuelles et à diminuer l'efficacité de dispositions de la loi positive dont la mise en œuvre est d'autant plus sûre et d'autant plus uniforme qu'elle se rapproche davantage de l'idéal de l'application automatique.

46. Ces objections et ces critiques de la première heure n'ont pas réussi à ébranler la foi raisonnée et les convictions nettement arrêtées du hardi défenseur de la doctrine de l'abus des droits qu'est M. Josserand. L'éminent professeur les écarte en faisant remarquer, à son tour, que le régime de séparation absolue que M. Esmein voudrait faire régner entre le droit et la morale constitue une pure chimère, que ce régime n'a jamais existé dans

---

(1) **Esmein,** note sous Cass. req., 29 juin 1897, Sirey 1898, I. p. 21.

le passé, sauf peut-être pendant les périodes d'enfance de l'humanité, et qu'il n'est point à souhaiter qu'il vienne à se réaliser dans l'avenir. « Car, dit-il, le jour où le juge renoncerait à être dans une certaine mesure un censeur, à pénétrer la moralité des procès qui lui sont soumis et à appliquer le droit au travers de sa conscience qui n'est elle-même que le reflet de la conscience collective, c'est-à-dire des mœurs; où il accepterait comme principe directeur que les *moyens justifient la fin*, c'en serait fait du droit lui-même qui puise toute sa vitalité dans le sentiment collectif, et qui, séparé, isolé de la morale, deviendrait tout simplement odieux, sans compter qu'il perdrait toute raison d'être et toute autorité » (1).

Mais, le raisonnement de M. Esmein et la crainte des risques d'insécurité évoqués par lui, paraissent avoir, en revanche, produit une assez vive impression sur l'esprit d'un grand nombre de civilistes français et même de quelques-uns des ouvriers de la première heure qui ont travaillé à propager dans leur pays la doctrine libérale consacrée par les Codes civils allemand et suisse. C'est sans doute, par là, que s'explique l'attitude timorée de M. Saleilles qui, après avoir donné à la notion de l'abus des droits une formule relativement compréhensive dans la seconde édition de son étude sur la théorie de l'obligation, arrive, dans son rapport à la première sous-commission de révision du Code civil, à la restreindre, provisoirement au moins, à son minimum d'extension, à ne plus l'appliquer qu'aux actes motivés exclusivement par l'intention de nuire et pour lesquels cette volonté perverse ressort des circonstances extérieures du fait en dehors

(1) **Josserand,** *Abus des droits*, p. 85.

de toute recherche tirée de la mentalité ou des possibilités psychologiques de l'agent, et qui, en dépit de toutes ces concessions, éprouve encore le besoin de rassurer ceux de ses collègues qui pourraient « s'effrayer de voir les tribunaux procéder à une recherche d'intention, même sous cette forme purement objective » (1).

47. Nous ne saurions, nous autres musulmans, partager ces scrupules et ces hésitations. Ce n'est pas que la préoccupation d'assurer, dans la mesure du possible, l'uniformité et la stabilité dans l'application des normes du droit, soit demeurée étrangère à notre science juridique. Elle s'y est, au contraire, manifestée avec une réelle énergie, nous le verrons bientôt, dans l'œuvre d'un de nos plus grands jurisconsultes, l'iman Al Chafe'y. Mais, elle n'a jamais pu y devenir prédominante ou exclusive; car nous sommes prémunis par les avertissements impératifs de la législation qoranique contre la tentation de lui sacrifier le souci, non moins nécessaire, d'empêcher que le droit positif, en se transformant en un ensemble de règles abstraites et automatiques, ne fournisse aux privilégiés de l'organisation sociale et aux spécialistes de la chicane et de la cautèle juridique les moyens de détruire à leur profit l'équilibre rationnel des droits individuels. Chez nous, la croyance à l'existence de barrières infranchissables entre le droit et la morale n'a jamais pu germer, même dans l'imagination des jurisconsultes les plus attachés à l'interprétation littérale et rigoriste de la loi. Et nulle part mieux que dans la société islamique ne se vérifie l'exactitude absolue de l'affirmation de notre savant maître, M. Josserand, qui déclare que « le droit

(1) **Saleilles**, *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, p. 349.

ne sera jamais autre chose que la morale dans la mesure où elle devient susceptible d'application ou de coercition, — la morale en action » (1).

Ceux des savants occidentaux qui s'intéressent à l'étude des premières origines des institutions sociales et juridiques de l'islam, quoique souvent portés à juger sans bienveillance les faits saillants de notre plus ancienne histoire religieuse, s'accordent pourtant, en général, à constater que le droit musulman, quand on l'envisage par le point de vue sociologique, et en tant que facteur de la civilisation islamique, se présente, non pas comme un simple instrument de statique sociale et de conservation des situations acquises, mais comme une puissante force dynamique qui a tendu à révolutionner les situations juridiques préexistantes, en substituant à l'esprit individualiste et égoïste, à l'esprit de clan et d'indiscipline orgueilleuse qui régnait aux temps de l'ignorance (Djahiliia) une conception de la vie sociale dominée par un sentiment profond de solidarité, non seulement entre les croyants, mais aussi entre tous les hommes (2).

La jurisprudence musulmane ne s'est jamais départie de cette allure interventionniste et réformatrice. Elle s'efforce de tempérer le jeu brutal des phénomènes éco-

---

(1) **Josserand,** *Abus des droits*, p. 84.

(2) La révolution morale accomplie dans cet ordre d'idées par l'islam a été mise en lumière avec une particulière richesse de documentation dans les trois articles que M. Goldziher a placés en tête du tome I de ses *Muhammedanische Studien : Muruwwa und Dîn*, p. 1-38; *Das Arabische Stammeswesen und der Islam*, p. 40-100, et *'Arab und 'Agam*, p. 101 et s. Cf. **Goldziher,** *Vorlesungen über den Islam*, p. 12. **Wellhausen,** *Skizzen und Vorarbeiten*, IV, p. 67-83, et *Das Arabische Reich und sein Sturz*, p. 4-10. **Grimme,** *Mohammed*, II, p. 137 et s. **Procksch,** *Ueber die Blutrache bei den vorislamischen Arabern*, p. 64 et s. **Houdas,** *L'islamisme*, p. 201.

nomiques, de réagir contre les exagérations du sentiment individuel du droit en développant la conscience juridique des devoirs envers le prochain ; de contraindre les hommes à apporter, dans leurs rapports entre eux, des habitudes de douceur, d'équité et de respect mutuel des intérêts adverses qui leur permettent de s'élever à un régime de vie morale de la société, meilleur et plus cohérent que celui où les maintiennent, s'ils restent livrés à leur seule initiative, la brutalité de leurs querelles économiques et l'étroitesse aveugle de leur égoïsme juridique. Elle aspire à réaliser, entre la morale et le droit positif, le maximum d'union compatible avec les faiblesses et les défaillances de la nature humaine. Et c'est précisément le caractère essentiellement moralisateur de la jurisprudence islamique qui explique que la doctrine de l'abus des droits ait pu s'y développer si librement et y prendre une extension beaucoup plus grande que celle que revendiquent jusqu'ici pour elle les plus convaincus et les plus audacieux de ses partisans occidentaux.

48. Il résulte de la comparaison que nous venons d'instituer entre la doctrine musulmane et la doctrine occidentale de l'abus des droits que la première de ces théories est beaucoup plus complexe et plus vaste que la seconde, et cela pour une triple raison :

1° Parce qu'elle supplée dans la jurisprudence islamique à l'absence d'une série d'institutions de droit privé, et surtout de droit administratif qui, dans les législations occidentales, ont pris leur développement autonome ;

2° Parce que les frontières de son domaine d'application sont plus lointaines et moins rigides que dans la doctrine européenne, et en particulier dans la doctrine française;

3° Parce qu'elle dispose de procédés de réalisation plus nuancés, plus souples et plus variés et que l'arme du *ta'dhyr* lui permet de laisser la porte de communication, entre les sanctions morales et les sanctions judiciaires de l'abus des droits, plus largement ouverte qu'en Europe.

La plasticité et l'ampleur de la doctrine musulmane de l'abus des droits contribuent encore à augmenter l'attrait naturel du sujet d'études que j'ai choisi. Mais, en revanche, elles en rendent l'exposition plus délicate et font surgir sous nos pas, des écueils méthodologiques bien difficiles, sinon impossibles à éviter. Pour rendre exactement la physionomie individuelle de la doctrine islamique, je serai amené à chaque instant à aborder des problèmes juridiques qui, en Europe, et spécialement en France, forment l'objet de chapitres distincts du droit, ou rentrent, soit dans le domaine de la théorie du risque créé, soit dans le domaine de la théorie du dépassement de droit. L'absence de concordance entre les catégories et la classification juridique musulmanes et occidentales m'exposent au danger de donner à chaque instant au lecteur français l'impression que je sors de mon sujet pour m'égarer sur les terrains réservés à l'action des théories limitrophes ou rivales. Ce risque de malentendu est encore aggravé par le fait même que les sources arabes qui constituent la matière première de mon travail et dont je ne saurais m'écarter, sans m'exposer à faire œuvre d'imagination et de fantaisie, n'établissent pas une ligne de démarcation vraiment infranchissable et toujours reconnaissable entre le défaut de droit et l'abus du droit, et que, assez souvent, le même résultat pratique est obtenu par certains auteurs au moyen de la subordination de la naissance du droit à des conditions nouvelles, ou par une limitation apportée

à son contenu légal, alors que d'autres n'y parviennent qu'en recourant à la distinction traditionnelle entre l'usage légitime et l'usage abusif du droit.

49. A côté de ces difficultés d'exposition auxquelles nous devons nous résigner, parce qu'elles sont la conséquence inévitable de l'indépendance respective de développement de la science musulmane et de la science européenne, il en est d'autres, heureusement, plus faciles à résoudre, qui tiennent à ce qu'une théorie juridique de portée aussi générale que la nôtre n'a pas pu subir pendant plus de treize siècles, l'épreuve de l'application judiciaire sans que sa mise en œuvre humaine soit l'objet de quelques développements ou de quelques variations de détail. Si toutes les règles constitutives de la doctrine de l'abus des droits se trouvent dans le *Qorân* et la *Sounnah*, le travail d'interprétation de l'*Idjmâ* et du *Qyas*, qui a permis au commun des hommes d'en comprendre exactement la portée et d'en déduire toutes les conséquences, ne s'est pas accompli en un jour. Les espèces judiciaires concrètes, les hypothèses de fait auxquelles les savants et les juges ont eu à faire application des principes immuables de la législation révélée, se sont inévitablement multipliées et renouvelées sous l'influence des transformations qui se sont produites au cours des temps dans le mécanisme de la production ou de la consommation des richesses, ou dans les conditions de notre vie politique ou intellectuelle. Chaque génération a pu, par la direction imprimée à l'activité économique de quelques-uns de ses membres, fournir de nouvelles occasions à l'intervention dans la pratique judiciaire de la doctrine traditionnelle de l'abus des droits.

Je craindrais, dès lors, de ne donner au lecteur qu'une

idée incomplète et par conséquent inexacte, du rôle qui a été joué dans le développement de la jurisprudence islamique par cette théorie fondamentale, si je transportais à la mise en ordre du matériel de sources qui la concerne, les méthodes que les glossateurs et les post-glossateurs ont appliquées à l'étude des compilations de Justinien; si je négligeais de replacer les documents que je vais utiliser dans leur milieu historique, et d'éclairer leurs rapports réciproques par le recul nécessaire de la perspective des temps. Je crois avoir assez précisé, dans cette première partie de mon travail, quels sont les services que la science du droit comparé d'une part, et l'interprétation du droit égyptien contemporain, d'autre part, peuvent retirer d'un examen attentif de la théorie musulmane de l'abus des droits. Je me cantonne maintenant dans l'étude interne de cette théorie, en me plaçant, pour la poursuivre, à un point de vue résolument historique.

SECONDE PARTIE

Le développement historique de la théorie musulmane de l'abus des droits

SECONDE PARTIE

Le développement historique de la théorie musulmane de l'abus des droits.

50. Les assises essentielles, les principaux textes justificatifs de la théorie de l'abus des droits, se trouvent dans le Qorân lui-même. Il conviendra donc tout d'abord, comme point de départ de nos recherches, d'étudier, dans un premier chapitre, en même temps que celles des idées fondamentales de la législation qorânique dont notre doctrine apparait comme la résultante, les nombreux versets qui lui ont donné la plus autorisée des consécrations possibles.

Je n'ai pas cru devoir consacrer un chapitre particulier à l'analyse des nombreuses dispositions de la *Sounnah* qui ont servi à développer les principes posés dans le *Qorân*. Car, c'est principalement en invoquant et en commentant les révélations orales du Prophète que les premiers constructeurs de notre science juridique ont pu parvenir à tracer les lignes essentielles d'une théorie systématique et déjà détaillée de l'abus des droits. Je me serais condamné à d'inutiles et fastidieuses redites si j'avais prétendu séparer l'étude des *hadith* de celle de l'utilisation juridique qui leur a été donnée par les fondateurs de la science du *fiqh*.

J'ai pensé qu'il était préférable, pour la saine économie de mon exposition, de passer immédiatement, dans un second chapitre, à l'examen des controverses fort intéressantes, et souvent même passionnées, qui se sont élevées, dès le second siècle de l'Hégire, entre les principaux chefs d'école ou *madhahib* orthodoxes, soit au sujet

de l'existence ou de la portée des principes destinés à former les fils conducteurs de la doctrine de l'abus des droits, soit au sujet des applications pratiques à donner à cette théorie en dehors des cas directement solutionnés par le *Qorân*.

Les travaux personnels des fondateurs des rites et de leurs élèves immédiats, ont exercé une influence décisive sur l'orientation finale de la doctrine que nous allons étudier. Les débats contradictoires institués entre eux ont été féconds et bienfaisants en permettant aux jurisconsultes des temps postérieurs de juger, en meilleure connaissance de cause, les avantages et les inconvénients de l'interprétation restrictive et de l'interprétation extensive des dispositions du *Qorân* et de la *Sounnah* relatives à notre matière, et de choisir entre elles avec plus de discernement. Il m'a semblé, dès lors, qu'il importait d'analyser aussi minutieusement que possible les constructions doctrinales des grands jurisconsultes du second siècle de l'Hégire, qui ont déjà fouillé la doctrine de l'abus des droits dans tous les sens, avec la plus grande liberté d'esprit, avec la plus rare largeur de vues. Je n'ai pas craint de m'attarder longuement, au cours de ce second chapitre, à la description de l'œuvre personnelle de Malek, de Chafe'y, d'Abou Hanifah et de ses deux principaux élèves : Abou Yousef et Mohammed Al Chaïbany, et à l'analyse des divergences de vues qui se sont élevées entre eux.

Ces divergences de vues, moins vives déjà chez les élèves que chez les maîtres, se sont atténuées avec le cours des temps. Les conceptions diverses de l'étendue et de la mise en œuvre de la doctrine de l'abus des droits, formulées par les créateurs de rites, se sont rapprochées, puis

pénétrées, pour se fondre finalement dans une notion uniforme et généralement acceptée. Ce mouvement de conciliation et d'harmonistique a été, sinon produit, du moins singulièrement activé et fortifié, par le rayonnement au travers de toutes les écoles de *fiqh*, des vues originales et puissantes de quelques théologiens de tout premier ordre qui, entre le milieu du V[e] et le milieu du VIII[e] siècle de l'Hégire, sont venus marquer, à leur tour, la théorie de l'abus des droits du sceau de leur pensée personnelle et vivifier la masse de décisions d'espèce et de solutions pratiques, rassemblée avant eux, par la pénétration d'idées générales et de formules doctrinales susceptibles d'applications nouvelles illimitées. J'ai réservé un troisième chapitre à l'exposé des opinions, devenues en quelque sorte des idées-forces, non pas, sans doute, de tous ces théologiens, mais de ceux qui me paraissent avoir exercé sur la fixation finale de notre doctrine une action réellement prépondérante.

Enfin, dans un quatrième chapitre, me plaçant à l'époque où la lutte des méthodes et des tendances a définitement cessé pour faire place à un accord entre les *Madhahib* sur tous les points doctrinaux de réelle importance, c'est-à-dire dans la période qui va de la fin du VIII[e] siècle jusqu'à nos jours, j'analyserai la théorie classique ou définitive de l'abus des droits. C'est donc ce quatrième chapitre qui contiendra la partie didactique et exégétique de mon travail. C'est là qu'on devra chercher la description du mécanisme actuel de l'institution, l'énumération des circonstances qui font dégénérer l'exercice du droit en abus, l'indication des procédés pratiques par lesquels est assurée la répression du mésusage du droit.

CHAPITRE PREMIER

LE QORÂN

51. Avant d'étudier les divers germes de la théorie de l'abus du droit que renferment le Qorân et la Sounnah, il m'a paru indispensable de mettre en lumière quelques principes fondamentaux de la religion musulmane qui éclairent les origines de cette théorie et en ont conditionné le développement.

SECTION I

La théorie de l'abus des droits dans ses rapports avec l'esprit du Qorân.

La religion musulmane, dans son aspect juridique, est dominée par les directions générales suivantes :

I. — La prédominance de l'esprit de charité sur l'esprit de stricte justice.

II. — Le fléchissement de la rigueur du droit devant les exigences de la nécessité publique.

III. — La recherche continuelle du juste milieu.

IV. — Enfin, la préoccupation de ne jamais interdire un acte qu'autant qu'il résulte de son accomplissement plus de mal que de bien (et réciproquement de subordonner la légalité des actes autorisés à la condition inverse — plus de bien que de mal).

I. — *Prédominance de l'esprit de charité.*

52. Parmi les obligations fondamentales imposées par la religion musulmane, celle de faire la charité tient une place prépondérante.

A la différence du christianisme, qui recommande l'aumône volontaire spontanée, l'islam impose à ses fidèles une aumône obligatoire qui est le *Zakah*. C'est un véritable impôt que la réligion établit sur les biens des riches au profit des pauvres (1), et à la perception duquel les autorités sont chargées, par la religion, de veiller sans relâche (2).

Cette charge de donner le Zakah est rappelée aux fidèles toutes les fois que Dieu leur recommande de faire la prière : « faites la prière, donnez l'aumône », sont deux expressions inséparables dans le Qorân. On ne rencontre presque jamais la première sans trouver à sa suite Al Zakah, sa sœur consanguine, comme disent les commentateurs du Qorân. Même, on trouve quelquefois des textes qui accusent la supériorité de l'aumône sur la prière; tel le texte où Dieu dit : (3) « Le bienfait ne consiste

(1) **Boukhary,** *Çah'ih'*, tome IV, page 190 : « Dis-leur que Dieu a établi le Zakah de leurs biens qu'on prend des riches pour le rendre aux pauvres ».

(2) **Mozany,** *Mokhtaçar Al Mozany*, imprimé sur la marge de *Kitab Al Omm*, édition de l'Imprimerie Nationale, 1321, tome III, p. 219. L'auteur reproduit dans ce passage l'opinion de son maître **Al Chafe'y.**

(3) Sourah II, verset 172 :

ليس البر ان تولوا وجوهكم قبل

المشرق والمغرب ولكن البر من آمن

بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب

والنبيين وآتى المال على حبه ذوي

القربى واليتامى والمساكين وابن

point à tourner vos visages vers l'Orient ou l'Occident; mais pieux est celui qui croit à Dieu et à l'Autre Jour, aux Anges, au Livre et aux Prophètes, et qui donne les biens, quoique les aimant, à ses proches, aux orphelins, aux pauvres, aux voyageurs, et à ceux qui demandent pour leur liberté; qui observe la prière, qui fait le *Zakah*, qui remplit l'engagement qu'il contracte, qui est patient dans l'adversité, dans le temps dur et dans le temps de violence. Ceux-là sont justes et sincères dans leurs croyances ».

السبيل والسائلين وفي الرقاب واقام

الصلوة وآتى الزكوة والموفون

بعهدهم اذا عاهدوا والصابرين في

البأساء والضراء وحين البأس

اولئك الذين صدقوا واولئك

هم المتقون

53. Mais, outre le *Zakah*, qui impose aux riches l'obligation de faire participer les humbles au bénéfice de leur fortune, Dieu recommande à ses fidèles de s'abstenir en toutes circonstances de l'usage égoïste de leurs biens. C'est ainsi qu'il ordonne à ceux qui viennent de recueillir une succession de faire part, à tous ceux qui sont présents au partage, de l'heureuse fortune dont ils profitent : « Lorsque les parents, les orphelins et les pauvres sont présents au partage, faites-leur en avoir quelque chose et tenez-leur un langage doux et honnête » (1).

Ce verset vient confirmer, dit *Zamakhchary*, un louable usage préislamique qui a été pratiqué du temps du Prophète, et après sa mort par les Arabes, et il raconte que Abd Allah Ibn Abd Al Rahman Ibn Aby Bakr n'avait pas, lorsqu'il a partagé la succession de son père, laissé partir une seule des personnes qui assistaient au partage sans lui donner quelque chose (2).

---

(1) Sourah IV, verset 9 :

وإذا حضر القسمة اولوا القربى

واليتامى والمساكين فارزقوهم منه

وقولوا لهم قولا معروفا

Parents, désigne dans ce verset, dit Zamakhchary, ceux entre les membres de la famille qui ne viennent pas en rang utile dans la succession.

(2) Zamakhchary, *Al Kachchaf*, II, édition de l'Imprimerie Nationale de Boulaq, 1318, tome I, p. 350.

A ceux que la volonté de Dieu a favorisés et qui gagnent largement leur vie, le Seigneur impose encore l'obligation d'être charitables à l'égard des déshérités et de ceux qui peinent pour vivre : « Voici le livre, leur dit-il, sur lequel il n'y a pas de doute. C'est la direction de ceux qui craignent le Seigneur, qui croient aux choses cachées, qui font la prière, et disposent de ce que nous leur faisons gagner » (1). « Disposent » veut dire ici réserver à l'aumône une partie de ce qu'on gagne (2).

La prédominance de l'esprit de charité se manifeste à un autre point de vue, dans les rapports qui existent entre un créancier et un débiteur. Plusieurs textes du Qorân ordonnent au premier d'être animé de sentiments pitoyables et au second de travailler honnêtement et consciencieusement à sa libération. C'est ainsi qu'il dit : « Celui qui pardonne le crime commis sur son frère moyennant une composition, doit poursuivre (le paiement de sa créance) avec douceur, et il (le coupable) doit s'acquitter généreusement envers celui qui lui fait la remise (de la vengeance moyennant composition) ; c'est

(1) Sourah II, verset 1 et 2 :

آلم ذلك الكتاب لا ريب فيه
هدى للمتقين الذين يؤمنون بالغيب
ويقيمون الصلوة ومما رزقناهم ينفقون

(2) Zamakhchary, *Al Kachchaf*, tome I, p. 350.

un adoucissement de la part de votre Seigneur et une faveur de sa miséricorde » (1).

Dans un autre passage, le Qorân exprime la même pensée et ordonne par-dessus tout au créancier d'être généreux pour son débiteur qui éprouve de la gène à s'acquitter : « Si votre débiteur, dit-il, éprouve de la gène, attendez qu'il soit plus à son aise. Si vous lui remettez sa dette, ce sera plus méritoire pour vous » (2).

---

(1) Sourah II, verset 173-174 :

فمن عفى له من اخيه شئ فاتباع

بالمعروف واداء اليه باحسان ذلك

تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى

بعد ذلك فله عذاب اليم ولكم في

القصاص حيوة يا اولى الالباب لعلكم

تتقون

(2) Sourah II, verset 280 :

وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة

وان تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون

Ce verset, dans lequel très clairement Dieu recommande au créancier de ne pas faire un usage rigoureux de son droit, est l'origine du délai de grâce en droit musulman.

Cette recommandation du Seigneur est répétée dans des termes plus généraux par son Prophète dans la tradition suivante : « Dieu aime la personne qui est douce en achetant, en vendant, en demandant ses créances et en payant ses dettes » (1).

Cette prescription de la tradition qui s'impose aux parties dans toutes les relations juridiques, nous apparait comme une preuve nouvelle et indéniable de l'esprit de charité et de solidarité qui domine la religion et la législation musulmanes, et dont la doctrine de l'abus des droits se présente comme l'une des nombreuses manifestations pratiques.

II. — *Fléchissement des principes devant la dure nécessité.*

54. Loin d'appliquer les prescriptions de la religion dans toute leur rigueur, Dieu apporte lui-même certains tempéraments à leur observation. Lorsque les circonstances rendent l'observation de ces principes impossible ou dangereuse, il permet à ses fidèles de s'en dispenser. C'est ainsi qu'il dit : « Il vous est interdit de manger les animaux morts, le sang, la chair de porc, et tout animal sur lequel on aura invoqué un autre nom que celui de Dieu ; celui qui le ferait, contraint par la nécessité, et non comme

(1) **Malek**, *Mouat'ta*, édition de l'Imprimerie Nationale 1314, t. III, p. 157 :

rebelle et transgresseur, ne sera pas coupable. Dieu est indulgent et miséricordieux » (1).

Il répète encore dans un autre texte : « O Croyants! Le jeûne vous est écrit (prescrit), comme il l'était à ceux qui vous ont précédé, dans l'espoir qu'il vous rende pieux. (La durée) des jours de jeûne est déterminée. Celui qui sera malade ou en voyage jeûnera, dans la suite, un nombre de jours égaux. Ceux qui, pouvant supporter le jeûne (ne s'y soumettront pas), auront comme composition la nourriture d'un pauvre. Celui qui volontairement fait cette charité agit encore mieux dans son intérêt. Si vous jeûnez, vous en profiterez : sachez le bien » (2).

---

(1) Sourah II, verset 168 :

انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير

وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير

باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله

غفور رحيم

(2) Sourah II, verset 179-180 :

يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام

كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم

Ces deux textes ont formé l'origine de la théorie de la nécessité qui occupe actuellement une large place dans le droit musulman.

Cette théorie de la nécessité est beaucoup trop touffue et beaucoup trop féconde en applications pratiques dans tous les chapitres du *fiqh* pour que je puisse songer à en présenter ici une analyse même superficielle. Il me suffit de rappeler d'un mot le rôle de tout premier plan qu'elle joue dans le système religieux et juridique de l'islam, pour faire saisir au lecteur l'une des principales causes qui se sont opposées à la pénétration dans notre jurisprudence religieuse de la conception absolutiste et rigoriste du droit et qui ont nécessairement conduit les savants musulmans à se refuser à admettre que chacun de nous puisse toujours épuiser le contenu de ses facultés légales sans avoir à se soucier des inconvénients ou du préjudice que l'exercice irréfléchi ou immodéré de ces facultés peut infliger au prochain.

تتقون اياما معدودات فمن كان منكم

مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر

وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين

فمن تطوع خيرا فهو خير له وان تصوموا

خير لكم ان كنتم تعلمون

III. — *Recherche du juste milieu.*

55. La troisième notion directrice qui, dans la religion musulmane, a coopéré au dégagement de la doctrine de l'abus du droit, est l'ordre de rechercher toujours le juste milieu dans l'accomplissement de nos actes, notamment en ce qui concerne l'usage que nous devons faire de ce qui nous appartient.

Le Qorân recommande, en effet, à ses fidèles de ne pas se priver de ce qu'ils ont, ni d'en user trop largement. C'est ainsi qu'il dit : « O! croyants, ne vous interdisez pas l'usage des bonnes choses dont Dieu vous a permis de vous servir, et n'allez pas au delà. Dieu n'aime pas ceux qui dépassent (la limite du juste milieu) » (1).

Ce texte a été commenté par Al Zamakhchary dans ce sens qu'il ne faut pas se priver de l'usage de ce qui est doux et agréable, ni en abuser. Il raconte que ce verset a été révélé au Prophète à l'occasion de l'évènement suivant : Au cours d'un entretien du Prophète avec ses fidèles, celui-ci leur avait fait une description de la vie future, des joies qui seront la récompense de ceux qui ont vécu dans le bien et des souffrances qui seront infligées à ceux qui ont péché. Effrayés par cette dernière perspective, sur laquelle le Prophète avait longuement insisté,

(1) Sourah V, verset 89 :

يا ايها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات

ما احل الله لكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب

المعتدين

les fidèles se réunirent immédiatement après dans la demeure de Osman Ibn Maz'oun et décidèrent de vivre désormais dans l'abstention sévère de tout plaisir terrestre. C'est ainsi qu'ils prirent la résolution de jeûner pendant toute l'année, de ne plus dormir sur des matelas, de ne plus se parfumer ni manger de la viande, et, enfin, de ne plus approcher de leurs épouses, c'est-à-dire de se consacrer aveuglément à ce qu'ils considéraient comme l'idéal du croyant en se privant de tout ce qui est jouissance humaine. Le Prophète ayant eu vent de cette détermination, appela ses fidèles et leur dit : « Qui vous a imposé ces prescriptions sévères ? Si vous avez à remplir des devoirs envers Dieu, vous en avez également envers vous mêmes. Je jeûne, je déjeune, je mange de la viande, du beurre et du miel, je me parfume, j'ai des rapports avec mes femmes, et cependant j'observe tous les préceptes de la religion que Dieu m'a confié le soin d'enseigner aux hommes. Je vous ordonne de n'y rien changer, car celui qui modifie nos préceptes ne compte pas parmi mes fidèles ». C'est à la suite de cet entretien, dit Zamakhchary, que le verset précité fut révélé au Prophète et vint confirmer ses paroles » (1).

56. Cette même idée de la recherche en toutes choses du juste milieu se trouve exprimée dans un autre texte dont la clarté ne laisse subsister aucun doute : « Rends aux proches ce qui leur est dû, ainsi qu'aux pauvres et aux

---

(1) Zamakhchary, *Al Kachchaf*, t. I, page 431 : dans le même sens : Baïdaouy, *tafsir*, édition de Constantinople, 1305, page 160, sur la marge de Sourah Al Maïdah (la table). Baïdaouy, après avoir reproduit la même anecdote, ajoute que ce verset vient condamner les privations excessives que s'imposent les prêtres chrétiens, dont Dieu a fait l'éloge dans les versets précédents et que, afin de mériter les mêmes éloges, les musulmans voulaient imiter.

voyageurs et ne sois pas prodigue d'une façon exagérée, car les prodigues sont les frères des Satans, et le Satan a été ingrat envers son Seigneur. Si tu t'éloignes de ceux qui sont dans le besoin sans les secourir, pour solliciter de ton Seigneur les faveurs que tu espères obtenir, parle-leur au moins avec douceur. Ne te lie pas la main au cou et ne la tends pas non plus complètement de peur d'encourir un blâme ou de tomber dans l'adversité » (1).

Cette partie du verset : « Ne gaspille pas prodiguement la fortune », nous disent Zamakhchary et Baïdaouy, vient prohiber surtout un usage pratiqué par les arabes préislamiques, lequel consistait à disperser ses biens non dans le but pour lequel on les possède, mais dans l'espérance d'acquérir la réputation d'un homme riche et généreux. C'est ainsi que les chefs arabes préislamiques fortunés avaient l'habitude de faire égorger des chameaux en nombre considérable uniquement pour acquérir une renommée de richesse et de charité (2).

---

(1) Sourah XVII, verset 28 à 31 :

وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن
السبيل ولا تبذر تبذيرا ان المبذرين
كانوا اخوان الشياطين وكان الشيطان
لربه كفورا

(2) **Zamakhchary**, *Kachchaf*, t. II, p. 186; **Baïdaouy**, *tafsir*, p. 192, en marge de Sourah Al Isrâ (le voyage nocturne).

Cette conception du juste milieu se trouve appliquée dans le Qorân même, en ce qui concerne les actes de charité si souvent ordonnés et toujours recommandés par la religion musulmane : « Nourrissez-vous, dit-il, de leurs fruits (des arbres) quand ils produisent, et acquittez la part qui est due (de leur zakah) le jour de leur moisson ;

Hélas, ce verset n'a pas produit tous les effets qu'il devait avoir. Car, aujourd'hui encore, nous avons à déplorer en Egypte la survivance de cet usage absurde dans une tribu nomade (les Ghadjar), qui mène en Egypte une vie semblable à celle des Bohémiens d'Europe. Lorsqu'une dispute survient entre deux membres de cette tribu, un duel bizarre s'engage entre eux. Ils prennent rendez-vous au bord du Nil. Arrivés là avec leurs bourses remplies de pièces d'or, ils montent tous deux en bateau accompagnés de leurs témoins, et une fois au milieu du Nil, l'un d'eux commence à lancer dans le fleuve une pièce d'or ; l'autre l'imite, et le duel se poursuit ainsi jusqu'au moment où la provision de l'un des combattants s'est épuisée. Celui-ci est alors déclaré vaincu.

Je me rappelle, à ce propos, un fait survenu il y a environ cinq ans et au cours duquel le principe du Qorân précédemment énoncé fut appliqué d'une manière telle qu'il eût un résultat parfaitement louable. Grâce à l'application logique et saine du précepte sacré, le duel bizarre que nous venons de décrire se transforma en un acte de charité et de patriotisme. Ayant appris qu'une dispute avait éclatée entre deux Chefs Ghadjar, et qu'un duel devait s'en suivre dans les formes traditionnelles observées par les membres de cette tribu, Abd El Khalek Pacha Sarouate, notre Procureur général actuel, alors Préfet d'Assiout, province dans laquelle le duel devait avoir lieu, fit appeler les Ghadjar auprès de lui et leur suggéra l'idée de remplacer leur combat singulier, contraire aux prescriptions du Qorân, par un acte méritoire qui respectait parfaitement leur coutume : « Au lieu de jeter vos pièces d'or dans le fleuve, lancez-les sur mon bureau. Nous déclarerons vaincu celui qui aura épuisé le premier sa provision. Quant à l'autre, nous donnerons son nom à une école primaire qui sera construite avec la somme provenant de votre combat. » C'est dans ces conditions que le duel s'engagea, et grâce à lui, nous possédons actuellement une nouvelle école primaire qui doit son existence à l'application des préceptes du Qorân prohibant l'usage, dans un but d'ostentation, que les hommes font parfois de leurs biens.

mais ne gaspillez pas, car Dieu n'aime pas les prodigues » (1).

On voit d'après ce texte que, même dans l'accomplissement des actes de charité, le Seigneur recommande d'observer un juste milieu. Il interdit à ses fidèles (2) de se ruiner par des libéralités exagérées, comme le fit Sabet Ibn Kaïs, qui, ayant une fois, nous dit Zamakhchary, fait la récolte de cinq cents dattiers, donna tous leurs fruits aux pauvres sans en rien garder pour lui-même.

57. Enfin, avant de terminer ce paragraphe, nous devons signaler qu'un verset du Qorân exprime d'une manière particulièrement claire, l'obligation d'observer toujours dans la vie un juste milieu. Ce verset est relatif aux prodigues; c'est-à-dire à ceux qui, d'après les commentateurs du Qorân, gaspillent leur fortune à acquérir des objets de nulle utilité et qui n'ont pas l'intelligence suffisante pour la bien administrer et en faire bon usage.

Il ordonne de ne pas leur confier l'administration de leur patrimoine et recommande de ne leur donner que ce qui est strictement nécessaire pour qu'ils puissent vivre selon leur rang. Dans ce texte, le Qorân nous dit : « Ne

---

(1) Sourah VI, verset 142 :

« كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه

يوم حصاده ولا تسرفوا انه لا يحب

المسرفين

(2) **Zamakhchary,** *Kachchaf*, tome I, p. 473.

donnez pas aux prodigues vos biens (1) dont Dieu vous confie la gestion ; faites-les profiter de ces biens, habillez-les et donnez-leur de bons conseils » (2).

Ce verset est considéré par les interprètes du Qorân comme organisant des mesures de précaution contre eux-mêmes à l'égard de ceux qui, par leur façon d'être, ne sont pas en état d'observer le principe du juste milieu (3).

Il ne constitue pas seulement le point de départ et le titre justificatif de l'institution de l'interdiction pour cause de prodigalité qui, dans la jurisprudence musulmane, se trouve en liaison très étroite avec la doctrine de l'abus des droits, ou, plus exactement, se présente, tant au point de vue du développement historique qu'au point de vue de la classification méthodologique, comme un produit de cette doctrine. Le verset en question forme aussi le siège naturel et le point central de la théorie religieuse et juridique du juste milieu.

On voit aisément quelle large part de collaboration a dû être prise, dans la constitution définitive de la notion

---

(1) L'expression " vos biens " signifie ici les biens du prodigue sur lesquels les tuteurs avaient chez les arabes préislamiques une sorte de droit de propriété temporaire.

(2) Sourah IV, verset 4 :

ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل

الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم

وقولوا لهم قولا معروفا

(3) **Zamakhchary**, *Kachchaf*, tome I, page 348.

musulmane d'abus des droits par cette conception islamique du juste milieu qui tend à assurer l'équilibre régulier et continu des divers droits individuels et aboutit à déterminer minutieusement les conditions dans lesquelles les facultés légales peuvent être exercées en fixant pour chacune d'elles, en même temps qu'un maximum, un minimum d'exercice légitime.

IV. — *Préoccupation de ne jamais interdire un acte qu'autant qu'il peut résulter de son accomplissement plus de mal que de bien.*

58. La quatrième idée qu'il nous a paru nécessaire de mettre en lumière pour bien faire comprendre l'origine et les relations avec l'ensemble du droit musulman, de la théorie qui fait le sujet de notre étude, c'est que Dieu n'a jamais interdit un acte qu'autant que cet acte doit engendrer plus de mal que de bien. C'est ce qui ressort clairement des textes du livre sacré qui condamnent l'usage des liqueurs et la pratique du jeu.

« Ils t'interrogent (dit le Qorân) au sujet des liqueurs et du jeu. Dis-leur qu'ils renferment des dangers et des avantages pour l'homme, mais que leurs dangers l'emportent sur leurs avantages » (1).

Et le Qorân explique dans un autre passage la nature du mal qui peut en résulter.

---

(1) Sourah II, verset 216 :

يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم
كبير ومنافع للناس واثمهما اكبر من نفعهما

« O croyants, les liqueurs, les jeux de hasard, les idoles et le sort des flèches sont un mal inventé par le satan; abstenez-vous en; il est probable que vous serez heureux, car le satan désire exciter la haine et l'inimitié entre vous par les liqueurs et les jeux, et vous éloigner de penser à Dieu et à la prière. Ne vous en abstiendrez-vous donc pas? » (1).

Ce texte nous dévoile la raison d'être et le motif de la prohibition; c'est avant tout l'intérêt de la société. Cette considération a amené certains juristes éminents, tels qu'Ibn Al Qaïïm Al Djaouzïah, à formuler une théorie

---

(1) Sourah V, verset 92-93:

يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر

والانصاب والازلام رجس من عمل

الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون

انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة

والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم

عن ذكر الله وعن الصلوة فهل انتم

منتهون

très intéressante sur la répression des crimes. D'après ce dernier, la répression des actes prohibés a pour but avant tout d'en empêcher le retour et de rétablir à la place des troubles qu'ils provoquent la paix et la tranquillité. « Par conséquent, dit Al Djaouazïah, si la répression d'un acte criminel doit avoir pour résultat un fait plus préjudiciable à la société que le crime lui-même, il faut s'abstenir de cette répression. A l'appui de son opinion, Al Djaouazïah raconte qu'un jour les Çah'abah demandèrent au Prophète si le peuple devait s'insurger contre un souverain qui ne remplit pas aux heures fixées l'obligation de la prière. A cela, le Prophète répondit : « Non, on ne doit pas s'insurger contre lui tant qu'il fait la prière », et il ajoute : « celui qui réprouve un acte de son souverain doit le supporter avec patience et ne pas se révolter. » Al Djaouazïah déclare, après avoir rappelé cette tradition, que celui qui cherche dans l'histoire les causes des révoltes qui ont troublé l'islam, constate qu'elles se sont produites parce que les fidèles n'ont pas obéi au principe fondamental contenu dans cette tradition.

Ce n'est pas seulement cette tradition, dit Al Djaouazïah, qui vient à l'appui de mon opinion, c'est encore la pratique du Prophète. C'est ainsi que ce dernier assista à la Mecque à des actes très répréhensibles qu'il ne voulut pas empêcher d'un seul coup. Même, après la conquête de la Mecque et lorsque cette ville fût devenue le foyer de l'islam, le Prophète ayant eu l'intention de modifier la Ka'bah et de lui rendre la forme que lui avait donnée Ibrâhim (Abraham), dut renoncer à ce projet, quoique matériellement il fût en son pouvoir de le réaliser, et cela, par crainte d'un soulèvement des Qoraychites, qui eût constitué un bien plus grave danger, car les Qoraychites

étaient récemment convertis à l'islam et n'étaient pas encore suffisamment croyants pour supporter un tel changement.

C'est pour le même motif que le Prophète a déconseillé d'user de la révolte contre un souverain qui méconnait ses devoirs. Il prévoyait les malheurs qu'enfantent toujours les révolutions.

De même, il conseillait de ne pas couper la main d'un soldat qui avait volé au cours d'une guerre et, d'une manière générale, de ne pas chercher à réprimer immédiatement les crimes commis par un émir, une troupe ou un soldat pendant toute la durée des hostilités. Il craignait, en effet, que la répression exercée dans ces circonstances n'incitât les coupables, par esprit de vengeance ou par haine, à passer à l'ennemi et à lui dévoiler les secrets de l'armée.

Al Djaouazïah trouve une application pittoresque de ce sage principe dans l'anecdote suivante : Au cours d'une conquête dans le pays de Roum, les soldats s'aperçurent que leur chef Al Oualya Ibn Aqabah s'adonnait à la boisson. Immédiatement, ils songèrent à lui faire subir la peine réservée aux ivrognes (cette peine consiste à fouetter le coupable). Comme ils s'apprêtaient à punir leur chef, Hodhayqah Ibn Al Yamân leur cria : « Vous allez fouetter votre chef alors que nous sommes en face de l'ennemi qui va nous tourner en dérision et abuser de notre manque de discipline. »

59. Appliquant ces principes, d'une manière générale, à la répression des crimes, Al Djaouazïah dit que la répression d'un acte prohibé a fatalement l'une des quatre conséquences suivantes :

1° Ou bien la répression est salutaire et entraîne la disparition de l'acte prohibé et l'avènement, à sa place, d'un acte louable;

2° Ou bien la répression a pour conséquence de diminuer la portée de l'acte prohibé sans le supprimer complètement;

3° Ou bien elle remplacera l'acte prohibé par un acte de même nature;

4° Enfin, elle pourra faire naître un mal beaucoup plus grave.

Dans les deux premiers cas, la répression doit se produire; dans le troisième, c'est une question d'appréciation; on devra examiner l'utilité de la répression. Enfin, dans le quatrième cas, la répression ne doit pas avoir lieu.

« C'est ainsi, dit Al Djaouazïah, que, si tu surprends des gens réputés oisifs ou débauchés, occupés à perdre du temps au jeu d'échecs, laisse-les; ton admonestation constituera un acte imprévoyant et contraire au Chari'ah, à moins qu'elle ne les détourne de leur jeu et les amène à s'occuper de ce qui est permis et recommandé par le Prophète, des courses de chevaux ou du lancement des flèches, par exemple. De même, si tu aperçois des débauchés occupés à boire et à écouter des chanteurs, ne prends sur toi d'intervenir que si tu es convaincu que ton intervention les ramènera à l'observation des prescriptions religieuses. »

Al Djaouazïah achève de caractériser la portée de sa doctrine par l'anecdote suivante qu'il tenait de son Maître, Ibn Taïmïah : « Un jour, ce dernier, lors de l'invasion des Tartares, en se promenant avec ses élèves, aperçut quelques-uns des barbares envahisseurs en train

de s'enivrer. Les disciples, choqués par ce spectacle, admonestèrent vivement les Tartares en leur rappelant le texte du Qorân qui prohibe l'usage des liqueurs. Ibn Taïmïah se tourna immédiatement vers ses élèves et leur tint ce langage : « Mais, laissez-les donc boire, car si Dieu a interdit l'usage des liqueurs, c'est parce qu'elles font naître la haine entre les hommes et les empêchent de penser à Dieu. Or, ces Tartares, lorsqu'ils seront ivres, ne songeront plus à commettre de méfait, et ainsi feront grâce à la société de leurs assassinats et de leurs pillages » (1).

60. Le principe formulé dans les passages du Qorân relatifs à la prohibition du jeu et de l'usage des liqueurs et dans le lumineux commentaire qu'en a donné Al Djaouazïah, n'est lui-même que l'une des applications de l'idée plus générale qu'il convient de peser les avantages et les inconvénients des actes avant de les interdire ou de les autoriser, et il trouve son complément naturel, je dirais volontiers sa sœur jumelle, dans une seconde règle qui veut que l'acte, déclaré en principe licite à raison de la supériorité de ses avantages sur ses inconvénients, perde son caractère légal et correct dès que la somme des préjudices qu'il cause à autrui vient à l'emporter, en fait, sur celle des utilités procurées à son auteur ou aux tiers.

Le principe d'utilitarisme et d'opportunisme proclamé par le Qorân, et spécialement appliqué par quelques-uns de ses versets aux interdictions religieuses, étend donc également sa sphère d'action sur le domaine des facultés légales et des droits individuels. Sous cette forme, il a été l'un des plus importants éléments constitutifs de la doctrine dont j'entreprends l'exposition historique et analytique.

---

(1) **Al Djaouazïah**, *I'lam Al Mouaqe'in*, édition de Delhy, 1313, tome II, p. 15-16.

Les notions fondamentales qui caractérisent en quelque sorte l'esprit propre de la législation islamique, et dont j'ai cru devoir rappeler l'existence au seuil de la partie historique de mon étude, représentent les ressorts intimes qui ont imprimé un mouvement incessant et un développement régulier à la doctrine de l'abus des droits. Cette doctrine se serait sans doute dégagée dans la jurisprudence islamique sous l'action combinée de ces diverses notions, dont elle apparait comme le point de convergence, alors même qu'elle n'eût été l'objet d'aucune consécration directe et expresse dans le Qorân. Mais je me hâte d'ajouter que le livre saint n'a pas laissé aux interprètes et aux savants le soin de la faire sortir de l'ensemble de ses versets. C'est ce que nous allons constater en abordant la seconde section de notre premier chapitre.

SECTION II

Les germes de la théorie de l'abus du droit dans le Qorân.

61. Après avoir mis en lumière les notions enveloppantes qui ont fourni le milieu nécessaire au dégagement de la théorie de l'abus des droits, nous allons parcourir les diverses bases que cette théorie trouve dans le Qorân.

A diverses reprises on rencontre, dans le Qorân, des passages qui affirment très nettement que l'exercice d'un droit, parfaitement licite quand il est inspiré par une intention honnête, cesse de l'être lorsqu'il est inspiré, au contraire, par l'intention de porter préjudice à autrui.

Les plus convaincants de ces textes se rattachent aux matières suivantes : Testament, répudiation, droit de recourir à la justice, tutelle.

I. — *Testament.*

62. Le Qorân donne à chacun le droit de disposer, par testament, d'une partie de ses richesses, non pas pour fournir les moyens au testateur de nuire à ses héritiers en réalisant des desseins inspirés par la haine, mais pour lui permettre, au contraire, d'accomplir, avant de disparaître, un dernier acte de charité.

Ceci résulte clairement de plusieurs passages du Qorân, où il est dit que les parts des héritiers ab intestat leur sont distribuées après l'accomplissement des dispositions du testament non inspiré par l'intention de nuire. « Les parts des héritiers indiqués dans les versets précédents leur sont dévolues après l'exécution du testament et le paiement des dettes non préjudiciables », dit le texte (1). On voit par là qu'il n'autorise l'exécution d'un testament qu'autant que celui-ci n'est pas préjudiciable aux héritiers ab intestat, c'est-à-dire qu'autant qu'il ne dépasse pas la quotité disponible, ou que, sans la dépasser, il n'est pas inspiré par l'intention de nuire.

A l'appui de cette interprétation nous pouvons invo-

---

(1) *Sourah* IV, verset 16-17. Je ne donne pas ici la traduction littérale du texte, mais son esprit. Voici d'ailleurs ce texte :

من بعد وصية يوصى بها أو دين

غير مضار وصية من الله والله عليم

رحيم

quer l'autorité d'Al T'abary (1) : « Un testament non préjudiciable, dit-il, cela veut dire un testament qui est fait sans intention de nuire aux parents. » Et, pour étayer son opinion, il cite en premier lieu une tradition du Prophète rapportée par plusieurs chaines différentes, et dans laquelle ce dernier avait lui-même interprété le texte : « non préjudiciable, aurait-il proclamé, c'est-à-dire qui n'est pas fait pour nuire aux parents. » T'abary invoque également une deuxième tradition rapportée, elle aussi, par plusieurs chaînes, selon laquelle le Prophète aurait affirmé « que l'intention de nuire ou l'injustice dans le testament constituent un crime horrible. » Il mentionne, enfin, une troisième tradition, recueillie encore par plusieurs chaînes, où le Prophète aurait dit que « Dieu déteste l'intention de porter préjudice à quelqu'un, soit par un acte de son vivant, soit par un acte posthume. »

Nous pouvons invoquer, en dernier lieu, à l'appui de notre interprétation, l'autorité d'Al Zamakhchary (2) et Al Baïd'aouy (3), qui ont écrit : « non préjudiciable, cela signifie qui ne dépasse pas la quotité disponible ou qui, sans la dépasser, n'est pas inspiré par l'intention de nuire aux héritiers; car le testament doit avoir pour but d'accomplir un acte charitable agréable à Dieu. »

63. Il résulte, à notre avis, de ce texte que le Qorân présente en cette matière une supériorité manifeste sur le Code civil français au point de vue moral, en ajoutant à

---

(1) **T'abary,** *tafsir,* édition de l'Imprimerie Nationale de Boulaq (Le Caire) 1325, ère musulmane, tome IV, p. 195.

(2) *Al Kachchaf,* t. I, p. 355.

(3) **Baïd'aouy,** *tafsir,* édition de l'Imprimerie Ottomane (Constantinople) 1305, p. 105, sur la marge de Sourah Al Nisâ (les femmes).

la limite objective, seule consacrée par ce dernier, une limite subjective, dans le but d'empêcher qu'une personne puisse, sous le couvert du testament, réaliser des intentions contraires à la morale (1).

Ce n'est pas là, d'ailleurs, le seul texte du Qorân qui contienne implicitement notre conception. Il en est un autre qui, tout en ordonnant aux riches de ne pas quitter ce monde sans laisser un testament, considérant ainsi cet acte comme un devoir de charité, enlève cependant à ce dernier son caractère légal, et le considère comme nul, quand il est inspiré par l'intention de nuire ou de favoriser quelqu'un au détriment des héritiers dont la part ne sera pas suffisante pour leur donner un peu d'aisance. *« Il vous est écrit, dit-il, que lorsque la mort se présente à l'un d'entre vous qui va laisser une importante fortune, celui-ci doit faire le testament au profit de son père, de sa mère et de ses proches avec équité; c'est un devoir des croyants »* (2).

---

(1) En droit français, au contraire, le testateur peut user de son droit de disposition uniquement en haine de l'héritier, en faire un instrument de répression ou de contrainte à l'égard de son successible, et la jurisprudence française admet la validité des clauses dites d'exhérédation où le testateur exprime la volonté principale d'exclure des héritiers naturels, et n'aboutit qu'indirectement à faire parvenir ainsi la succession aux successibles primés par eux, ou, à leur défaut, à l'Etat. **Edouard Lambert,** *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs,* p. 181 et s.

(2) *Sourah* II, verset 176 :

كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان
ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين
بالمعروف حقا على المتقين

On voit que ce texte vient confirmer le précédent. Il a été interprété, d'ailleurs, dans le même sens, notamment, en ce qui concerne la signification que les commentateurs ont donné à l'expression : « Testament avec équité. »

64. « Testament avec équité, dit Al T'abary (1), cela signifie qui ne doit pas dépasser la quotité disponible ni être inspiré par l'intention de nuire. » Selon Al Zamakhchary (2) et Al Baïd'aouy (3), « avec équité »

Ce texte a donné lieu à une controverse prolongée entre les commentateurs du Qorân, sur le point de savoir s'il recommande au riche de faire son testament, parce que tester est un devoir qu'on doit accomplir, ou s'il leur fait cette recommandation parce que le testament est un acte de charité. Al T'abary nous dit que ce texte recommande le testament comme un devoir qu'on doit accomplir et dont l'omission constitue un péché ; il vous est écrit veut dire, déclare T'abary, qu'il est de votre devoir, ô croyants, de faire un testament quand vous êtes riches. Dieu s'est servi ailleurs de cette expression pour ordonner le jeûne : il vous est écrit de jeûner, a-t-il dit, et nul ne conteste que cela constitue une obligation. Enfin, Al T'abary ajoute que la fin du verset est très claire, car Dieu déclare qu'il s'agit là d'un devoir des croyants (Al T'abary, t. II, p. 68). Al Zamakhchary soutient, au contraire, que ce texte recommande seulement le testament comme un acte de charité bien méritoire (*Al Kachchaf*, t. I, p. 247).

Il convient de signaler ici les intéressantes similitudes de développement que présentent à ce point de vue le testament du droit musulman et le testament du droit canonique chrétien. Cf. sur le caractère religieux du testament dans la législation chrétienne du moyen-âge : **Auffroy**, *L'évolution du Testament en France, des origines au XIII[e] siècle*, p. 182 et s., 373 et s., 406 et s. **Robert Caillemer**, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, p. 476 et s., 620 et s., et sur la tendance de cette législation à imprimer un caractère obligatoire au testament : **Robert Caillemer**, *Confiscation et administration des successions par les Pouvoirs publics au moyen-âge*, p. 43 et s.

(1) **T'abary**, *tafsir*, tome II, p. 68.

(2) *Al Kachchaf*, tome I, p. 247.

(3) **Baïd'aouy**, *tafsir*, p. 37, sur la marge de *Sourah Al Baqarah* (la vache).

exprime cette idée : qu'il ne faut pas que le testament soit inspiré par l'intention de favoriser les riches au détriment des pauvres.

Ils ajoutent que dans ce texte l'expression : « va laisser une importante fortune » indique clairement que lorsque la fortune du de cujus n'est pas assez considérable pour lui permettre, en la partageant par testament, de donner quelque aisance à ses héritiers, il lui est interdit de tester. A l'appui de cette interprétation, ils invoquent deux décisions de *'Aïchah* et une troisième de *Ali Ibn Abi t'aleb*. *'Aïchah*, à qui un homme possédant une fortune de 400 dinars, et ayant plusieurs enfants, venait demander s'il lui était permis de faire un testament, répondit : « Je ne trouve pas dans votre fortune un surplus » (suffisant pour tester). Un autre fidèle, désireux de faire un testament vint la consulter pour savoir si, possédant 3.000 dinars et ayant quatre enfants, il lui était possible de le faire. *'Aïchah* lui dit : « Tu n'as pas ce droit, car Dieu a prescrit qu'on doit faire un testament seulement lorsqu'on possède une grande fortune, et la tienne n'est pas telle. Laisse-la donc à tes enfants. » Un protégé d'*Ali*, qui, ayant 700 dinars, désirait tester, entendit ce dernier lui affirmer qu'il ne pouvait le faire, car Dieu ne donne ce droit qu'à ceux qui laissent une importante fortune.

65. A la suite de ce texte, nous en rencontrons un autre, tout aussi intéressant, dans lequel Dieu, après avoir ordonné à ceux qui ont assisté à la dernière manifestation de la volonté du de cujus, de rapporter fidèlement les paroles de ce dernier sous peine de commettre un crime horrible, leur permet cependant de faire subir des altérations à ces paroles, si ces altérations ont pour but de réparer une erreur commise par le testateur, erreur

qui aurait pour résultat de dépasser la quotité disponible. Il leur donne ce même droit si les modifications apportées par les témoins dans le testament ont pour but d'annihiler l'intention du défunt de nuire à ses héritiers : « *Celui, dit-il, qui, après avoir entendu les dispositions (du testateur), les aura changées, commet un crime. Dieu entend et connait tout. Celui qui, craignant une erreur ou une injustice, les aura changées pour les éviter (ces injustices) n'est point coupable. Dieu est clément et miséricordieux* » (1).

En ce qui concerne l'interprétation de ce verset, *Al T'abary* (2) nous dit qu'elle a été l'objet d'une controverse entre les savants commentateurs : les uns prétendent que le verset vise ceux qui ont assisté aux derniers moments du défunt. Les autres soutiennent, au contraire, qu'il n'intéresse que l'exécuteur testamentaire ou les juges qui seront appelés à statuer sur la validité du testament. Il ordonne, d'après eux, à ces derniers d'annuler le testament qui contient une erreur ou qui est inspiré par l'intention de nuire aux héritiers.

---

(1) *Sourah* II, verset 177-178 :

فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على

الذين يبدلونه ان الله سميع عليم فمن

خاف من موص جنفا او اثما فاصلح

بينهم فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم

(2) T'abary, *tafsir,* tome II, p. 68.

Zamakhchary (1) et *Baïd'aouy* (2), dans leur commentaire, ont opté pour la première des deux interprétations rivales de ce verset déjà mises en parallèle par *Al T'abary.*

II. — Le principe que nous venons de développer, à savoir que l'exercice d'un droit parfaitement légitime, cesse de l'être quand il est inspiré par un mobile malveillant, reçoit encore une application dans la matière de la *répudiation.*

66. En cette matière, le Qorân avait donné à l'homme, pour éviter les conséquences fâcheuses d'un coup de tête, d'un malentendu ou d'un accès de colère, le droit de se réconcilier avec sa femme pendant tout le délai de viduité, et cela en reprenant tout simplement la vie conjugale, sans avoir besoin du consentement de la femme, ni de payer une nouvelle dot (mahr).

Ce droit ne tarda pas à donner naissance à de fâcheux abus. Souvent, en effet, l'homme qui avait répudié sa femme, attendait, pour reprendre la vie commune, l'arrivée du dernier jour du délai de viduité à elle imposé, puis, aussitôt après la réconciliation, la répudiait à nouveau. Il arrivait ainsi, par un abus manifeste du droit que lui accordait le Qorân, à imposer à sa femme un nouveau délai de viduité à la fin duquel il n'avait qu'à recourir au même subterfuge pour lui en imposer un troisième et ainsi de suite.

Pour mettre fin à cette pratique abusive d'un droit profondément utile, le Qorân avait limité à deux fois

---

(1) *Kachchaf,* tome I, p. 247.

(2) **Baïd'aouy,** *tafsir,* p. 38, sur la marge *de Sourah Al Baqarah* (la vache).

seulement l'exercice de ce droit. « *La répudiation, dit-il, peut se faire deux fois; gardez-les (vos épouses) en les traitant honnêtement ou renvoyez-les avec générosité* » (1).

A cette limite d'ordre objectif, qui ne touche en réalité qu'indirectement à notre étude, Dieu a ajouté une limite d'ordre subjectif d'une importance capitale, en disant dans un autre passage : « *Si vous avez répudié les femmes, et si elles sont (arrivées presque) à l'expiration de leur délai (de viduité), gardez-les honnêtement ou laissez-les (partir) avec générosité; ne les retenez pas méchamment pour les persécuter. Celui qui agit de la sorte se persécute soi-même (en s'exposant à la colère de Dieu). Ne prenez pas les versets (commandements) de Dieu pour de la plaisanterie, et souvenez-vous du bienfait de Dieu, du Livre, et de la sagesse qu'il a fait descendre en vous pour vous donner des avertissements. Craignez Dieu et sachez qu'il a connaissance de tout* » (2).

67. En analysant ce texte on voit que, dans la première partie, Dieu a imposé aux hommes qui veulent exercer le droit de se réconcilier avec leurs épouses répudiées,

---

(1) *Sourah* II, verset 229 :

الطلاق مرتان فامساك بمعروف او

تسريح باحسان

(2) *Sourah* II, verset 231 :

واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن "

فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف

une obligation d'ordre subjectif en leur défendant de se réconcilier dans l'intention de persécuter ces dernières.

Dans la fin du verset on aperçoit très nettement le principe actuellement en vogue en France, et sur lequel est basée toute la théorie de l'abus du droit, à savoir que *les droits nous sont accordés en vue d'une finalité hors de laquelle leur exercice cesse d'être légitime.* A l'appui de nos conclusions nous pouvons invoquer l'autorité de *Al T'abary* (1) : « Ne les gardez pas méchamment pour les persécuter, dit-il. Dieu prescrit que vous ne devez pas reprendre la vie conjugale dans l'intention de répudier ensuite les femmes afin de leur imposer de nouveau un délai de viduité ou de les obliger à vous remettre une partie de la dot (mahr) que vous leur avez donnée. Celui qui agit de la sorte se persécute soi-même par le fait qu'il commet un crime qui sera sévèrement puni ».

ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل
ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله
هزوا واذكروا نعمة الله عليكم وما انزل
عليكم من الكتاب والحكمة يعظكم به واتقوا
الله واعلموا ان الله بكل شئ عليم

(1) **T'abary,** *tafsir,* t. II, p. 292.

Al T'abary explique la fin du verset dans le sens que nous avons déjà indiqué, c'est-à-dire qu'il faut se souvenir des bienfaits que Dieu octroye aux hommes et des facilités qu'il leur offre, et en profiter pour les exercer dans le but pour lequel ils sont accordés et non pas en faire des armes contre les femmes.

Dans le même sens, on peut également invoquer l'autorité de *Zamakhchary* (1), et *Baïd'aouy* (2), qui ont donné l'interprétation que je viens d'indiquer.

68. Nous n'oublierons pas de signaler enfin que **Al Chafe'y**, quoi qu'il soit un des adversaires les plus acharnés de notre théorie, n'a pas négligé cependant de nous dire, dans son livre **Al Omm** (2) et sans donner son opinion, en ce qui concerne ce verset, que d'après les savants commentateurs, ce verset vise celui qui se réconcilie avec sa femme, non pas dans l'intention ferme de reprendre avec elle la vie conjugale, mais pour la persécuter. « Car, dit-il, il s'est produit fréquemment que celui qui répudie sa femme, attende jusqu'à l'expiration du délai de viduité pour se réconcilier, et la répudie ensuite afin de lui imposer de nouveau la viduité, et ainsi de suite ». Il est arrivé, d'après Malek (nous raconte Chafe'y), qu'un homme qui avait répudié sa femme et qui se réconciliait à l'expiration du délai pour la répudier immédiatement, lui dit : « Je jure par Dieu que je ne te ferai jamais goûter le plaisir de la vie maritale avec moi, que je ne laisserai jamais expirer ton délai de viduité sans te reprendre, et que je saurai ainsi t'empêcher jusqu'à la fin de tes jours de te marier avec un autre ». C'est à la

---

(1) *Kachchaf*, t. I, p. 268. **Baïd'aouy**, *tafsir*, p. 51 sur la marge de *Sourah Al Baqarah* (la vache).

(2) **Chafe'y**, *Al Omm*, èdition de Boulaq, 1321, t. V, p. 224.

suite de cet évènement, que le verset fut révélé au Prophète, ainsi que celui qui limite à deux fois l'exercice, par le mari, du droit de réconciliation après la répudiation. « Désormais, l'homme qui répudie sa femme pour la troisième fois n'aura plus le droit de reprendre la vie conjugale avec elle sans son consentement et sans qu'elle ait été épousée et répudiée par un autre ».

69. III. — A côté de ces deux applications originales et spéciales au droit musulman, le Qorân consacre aussi l'application de la théorie de l'abus du droit qui a formé, dans les jurisprudences occidentales, le point de départ de cette doctrine, *la défense de la chicane.*

En ce qui concerne le droit de saisir les tribunaux, Dieu commande à ses fidèles de ne pas y recourir sans avoir un motif sérieux de le faire, c'est-à-dire sans y être poussés par la force des choses, et dans le cas où ce recours est inévitable, il ordonne d'être toujours conciliant envers son adversaire. C'est ainsi qu'il dit : « *Ne mangez pas injustement vos biens entre vous (en les dépensant au jeu). Ne les portez pas au juge dans le but d'absorber sciemment et injustement une partie des biens des autres* ». (1)

---

(1) *Sourah* II, verset 184 :

ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل

وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من

اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون

Ce verset nous montre, dit Al T'abary (1), premièrement, que celui qui gaspille ses biens est aussi coupable que celui qui s'approprie, sans motif légitime, les biens d'autrui; deuxièmement, qu'il est interdit de remettre ses biens aux juges pour en faire l'objet d'un procès, avec l'intention d'arriver à absorber injustement une partie des biens d'autrui. Ce verset a été interprété dans le même sens par Baïdaouy (2) et Zamakhchary (3), lequel cite, parmi les procédés injustes et prohibés, le fait d'intenter un procès pour amener l'adversaire, en le lassant, à une transaction préjudiciable à ses propres intérêts.

De ce texte du Qorân on peut rapprocher plusieurs traditions du Prophète qui considèrent le fait d'être impitoyable à l'égard de son adversaire comme un crime horrible qui provoque la colère de Dieu. C'est ainsi que le Prophète a dit : « *L'homme le plus détesté par Dieu est l'adversaire obstiné* » (4); dans une autre tradition le Prophète déclare : « *Celui qui suscite des difficultés à son adversaire en éprouvera de la part de Dieu* » (5).

Nous rappelons, enfin, les textes que nous avons déjà cités dans la partie de notre livre relative à la recherche du juste milieu, et qui recommandent au créancier d'être doux et humain vis-à-vis de son débiteur, et à ce dernier d'être honnête dans l'exécution de ses engagements.

---

(1) **T'abary,** *tafsir*, t. II, p. 106.

(2) **Baïdaouy,** *tafsir*, p. 40 en marge de *Sourah Al Baqarah.*

(3) *Kachchaf*, t. I, p. 251.

(4) **Al Bokhary,** *Çah'ih'*, édition de l'imprimerie Al Charqyah au Caire, t. IV, chapitre *Al Ah'Kam* (les jugements), rubrique de l'adversaire obstiné, p. 168.

(5) **Al Bokhary,** *Çah'ih'*, t. IV, p. 164.

70. IV. — Un quatrième cas d'abus du droit reconnu par le Qorân s'accuse dans les *relations des tuteurs vis-à-vis des orphelins* qui sont sous leur tutelle.

Chez les arabes préislamiques, comme chez la plupart des peuples primitifs, les tuteurs avaient une sorte de droit de propriété passager sur les biens de ceux qui étaient sous leur tutelle (1). C'est ce qui ressort de ce texte :

« *Ne donnez pas aux prodigues vos biens* (dont Dieu vous a confié la gestion). *Faites-les profiter de ces biens, habillez-les et donnez-leur toujours de bons conseils* » (2).

« Vos biens » signifient ici, dit Al Zamakhchary (3),

---

(1) La conception préislamique de la propriété n'a rien de commun avec la notion rigide du droit nécessairement absolu et perpétuel que la civilistique latine contemporaine a empruntée au droit romain. La propriété, dans les temps auxquels nous nous reportons, a eu la même souplesse, la même aptitude a être dosée et divisée que dans l'ancien droit germanique. Cf. **Champeaux**, *Essai sur la vestitura*, p. 146 et s.; **Robert Caillemer**, *Exécution testamentaire*, p. 338 et s.; **Huber**, *Die Bedeutung der Gewere*, p. 54 et s.; **Heusler**, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, II, p. 16. La situation respective du tuteur préislamique et du pupille par rapport aux biens de ce dernier peut être rendue à peu près exactement par le recours à la distinction établie dans la doctrine anglaise entre la propriété ou l'*estate in possession* et la propriété ou l'*estate in reversion*.

(2) *Sourah* IV, verset 4.

ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله

لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا

لهم قولا معروفا

(3) *Kachchaf*, t. I, p. 348.

les biens du pupille que Dieu vous a confié le soin de gérer et sur lesquels il vous donne un véritable droit de propriété passager ».

Mais ce droit de propriété passager reconnu aux tuteurs sur les biens des orphelins soumis à leur tutelle avait donné lieu à de fréquents abus.

Souvent, en effet, les tuteurs se servaient de ce droit pour commettre des exactions et pour dilapider les biens des pupilles. Ces abus se produisaient notamment à la fin de la tutelle, c'est-à-dire au moment où les pupilles étant sur le point de devenir majeurs, les biens allaient définitivement échapper au tuteur (1).

---

(1) Cette structure économique de l'Administration tutélaire, conçue comme une sorte de passage intérimaire de la fortune du mineur entre les mains du tuteur, avec faculté pour ce dernier d'en jouir comme il jouit de la sienne propre, mais à charge de la restituer au mineur arrivé à l'âge de la capacité, n'a rien de particulier aux institutions arabes préislamiques. Il est très vraisemblable que, même en droit romain, la tutelle et la curatelle ont été, à l'origine, conçues sur le même type : **Girard,** *Manuel élémentaire de droit romain,* 4e édition, p. 201 et 220 et, surtout, **Gérardin,** *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain* dans *Nouvelle revue historique de droit,* 1889, p. 7 et 8, qui, analysant les textes du Dgeste qui déclarent que le tuteur est *loco domini,* les interprète comme les survivances d'un système primitif où les tuteurs devenaient propriétaires des biens des incapables par une sorte de *continuatio dominii* ou de *fideicommis* (Cf. **Cuq,** *Institutions juridiques des Romains,* I, p. 326-327, qui restreint la propriété intérimaire du tuteur primitif aux biens du mineur composant la *pecunia* et l'écarte pour les biens patrimoniaux). Mais la tutelle usufructuaire des arabes d'avant l'islam présente surtout de frappantes similitudes avec la tutelle des vieilles coutumes germaniques (**Heusler,** *Institutionen des deutschen Privatrechts,* II, p. 453 et 486; **Brissaud,** *Cours général d'histoire du droit français,* p. 1145 et s.; **Viollet,** *Histoire du droit civil français,* 3e édition, p. 579; **Schroeder,** *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte,* 4e édition, § 35, p. 324; **Stobbe,** *Deutsches Privatrecht,* 1re édition, p. 463 et s.) et avec le bail ou la garde du moyen-âge occidental (**Brissaud,** *L. C.* p. 1154; **Viollet,** *L. C.,* p. 581; **Pollock et Maitland,** *History of english Law before the time of Edward I,*

71. Aussi, pour mettre fin à cet état de choses, Dieu a-t-il défendu énergiquement de disposer injustement des biens des orphelins, et cela dans plusieurs textes où il a considéré le fait de dilapider le bien des orphelins comme le plus horrible des crimes : « *Ceux qui dévorent injustement les biens des orphelins n'introduisent que du feu dans leurs entrailles et seront consumés par les flammes ardentes* » (1).

De même, dans un autre texte, Dieu recommande, avec la même énergie, aux tuteurs de restituer intégralement aux orphelins leurs biens quand ceux-ci arrivent à leur majorité : « *Restituez aux orphelins leurs biens, n'en substituez pas de mauvais aux bons, ne consommez pas leurs biens avec les vôtres; c'est un crime horrible* » (2).

Mais, lorsque ces prescriptions furent édictées, beaucoup de tuteurs, devant leur rigueur, se récusèrent de leurs fonctions, et surtout ceux qui étaient honnêtes

---

1re édition, I, p. 299-310, II, p. 441). Cf. pour les survivances de cette conception de la tutelle usufructuaire dans les statuts italiens du moyen-âge; **Pertile**, *Storia del diritto italiano*, III, p. 405, pour le droit Scandinave; **Amira**, *Obligationenrecht*, I, p. 376, et, pour les autres peuples, **Post**, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, II, p. 145.

(1) Sourah IV, verset 11 :

(2) Sourah IV, verset 2.

وآتوا اليتامى اموالهم ولا تتبدلوا الخبيث

بالطيبه ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم

انه كان حوبا كبيرا

parmi eux. Cette prohibition trop rigoureuse, dit Al Zamakhchary, occasionna un état de choses véritablement intolérable pour les pupilles, qui étaient les premiers à souffrir de l'abstention des tuteurs. Aussi, pour y porter remède, de nouveaux textes vinrent commenter le texte, précédent, en disant qu'ils ne considéraient comme répréhensible que la dilapidation abusive et non pas l'usage honnête et modéré des biens du pupille par le tuteur.

« *Ils t'interrogent sur les orphelins, dis : « leur faire du bien vaut mieux, et si vous vous mêlez à eux, ce sont vos frères. Dieu sait bien celui qui fait le mal et celui qui fait le bien* » (1).

72. Dans ce texte, l'expression « leur faire du bien vaut mieux » dit Al Zamakhchary, signifie « qu'il sera plus méritoire d'accepter la tutelle et de faire fructifier les biens des pupilles par une bonne administration que de les abandonner, car ils sont vos frères (coreligionnaires) et il est donc de votre devoir, d'après la loi de Dieu, de

---

(1) *Sourah* II, verset 218-219 :

ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير

وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد

من المصلح ولو شاء الله لاعنتكم ان الله

عزيز حكيم

ne pas les abandonner. Chacun doit s'occuper de son coreligionnaire comme de son frère » (1).

Un autre verset plus explicite a permis aux tuteurs de se servir des biens des mineurs dans les cas où, par suite des occupations qu'entraîne pour eux l'administration des biens des pupilles, ils n'arrivent pas à gagner ce qui leur est nécessaire pour se suffire à eux-mêmes. Dans ces conditions, le tuteur a le droit d'user des biens du pupille, mais seulement pour ce qui lui est indispensable.

« Examinez les orphelins quand ils sont en âge de se marier. Si vous les jugez raisonnables, alors remettez-leur leur fortune. Ne la consommez pas prodiguement et hâtivement s'ils ont grandi. Celui qui est riche doit s'abstenir; celui qui est pauvre doit en user avec modération » (2).

---

(1) *Kachchaf*, tome I, p. 263.

(2) *Sourah* IV, verset 5 :

وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح

فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم

اموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا

ان يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف

ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فاذا دفعتم

On voit dans ce texte l'un des principaux germes de la théorie de l'abus des droits. Aux riches, il commande d'avoir pitié des orphelins : « Contentez-vous, leur dit-il, de ce que vous possédez; laissez intacts les biens des orphelins. » Aux pauvres, il permet de se servir de ces biens, mais avec modération.

Par l'expression : « ne les mangez pas prodiguement et hâtivement », ce verset fait allusion à l'usage préislamique que nous avons signalé déjà, et d'après lequel les tuteurs, quand ils voyaient les pupilles sur le point d'atteindre leur majorité, se hâtaient de consommer autant que possible de leurs biens.

73. Ce texte est repris et commenté par diverses traditions du Prophète.

Une première tradition s'est formée de la façon suivante : « Un homme vint trouver le Prophète et lui dit : « *J'ai un orphelin entre mes jambes. Puis-je manger de ses biens?* » *Oui, répondit le Prophète, mais à la condition que tu ne prélèves pas les meilleurs et que tu n'épargnes pas les tiens propres à leurs dépens* » (1).

Une autre tradition est rapportée par Ibn 'Abbas d'après laquelle le tuteur d'un orphelin demandant au Prophète s'il lui était permis de boire du lait des chamelles de l'orphelin, celui-ci lui répondit : « *Tu t'occupes d'elles,*

اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم وكفى بالله

حسيبا

(1) **Zamakhchary,** *Kachchaf,* t. I, p. 350. **Bokhary,** *Çah'ih',* t. III, chapitre *Sourah Al Nisâ,* p. 83.

en les amenant au pâturage et à l'abreuvoir, en leur donnant des soins quand elles sont malades, et en les poursuivant pour les ramener à l'étable quand elles s'échappent. Si tu rends ces services, bois de leur lait, sans pour cela les traire de façon à priver leurs petits et sans chercher à trop prendre » (1).

Dans le même sens, une autre tradition est rapportée par le même Ibn 'Abbas : « Celui qui travaille, dit-elle, pour les orphelins, peut manger avec équité de leurs biens » (2).

En dernier lieu, nous citerons encore une tradition rapportée par 'Omar Ibn Al Khat't'ab, d'après laquelle le Prophète aurait dit : « *Je me considère vis-à-vis des biens du Trésor comme le tuteur à l'égard des biens de l'orphelin. Si je suis à l'aise je n'en userai pas, et si je suis dans le besoin j'en mangerai avec discrétion* » (3).

Il résulte de tous ces textes que le Qorân n'a pas supprimé complètement le caractère ancien de la tutelle préislamique, qui est une tutelle usufructuaire conférant au tuteur le droit de vivre sur les biens du pupille, ou, pour parler le langage imagé de la littérature arabe, de manger de ses biens. Mais, il a défendu au tuteur l'abus de ce droit, c'est-à-dire tout exercice contraire à l'équité et à la destination sociale de cette tutelle usufructuaire.

74. Les diverses applications coraniques de la notion d'abus du droit que nous venons d'énumérer se réfèrent, on le voit, soit au droit de la famille, soit au droit procédural.

---

(1) *Kachchaf*, t. I, p. 350.

(2) *Kachchaf, L. C.*

(3) *Kachchaf, L. C.*

En ce qui concerne le problème de la collision des droits patrimoniaux, nous ne trouvons plus de disposition expresse dans le Qorân, mais les traditions du Prophète et de ses disciples directs nous fournissent des décisions qui sont considérées comme une base du droit musulman aussi ancienne que le Qorân lui-même, et qui complètent ainsi la physionomie du droit coranique.

Ces traditions, à raison même des formules très abrégées qui les contiennent, ont donné lieu à de nombreuses controverses entre les fondateurs des rites. La tradition « *ni préjudice, ni acte dommageable* », (1) sur laquelle s'édifie toute la théorie de l'abus des droits, n'a pas échappé à la loi commune, et nous allons voir, dans notre chapitre second, que de nombreuses divergences de vue se sont manifestées à son sujet entre les fondateurs des rites.

CHAPITRE II

Les fondateurs des rites ou Madhâhib et la lutte des doctrines.

75. Nous venons d'analyser les principaux textes législatifs que renferme le Qorân et qui ont servi à la construction de la théorie de l'abus des droits.

Il faut voir maintenant comment, par l'étude et l'interprétation de ces divers textes enrichis par un assez grand nombre de traditions du Prophète, que nous aurons l'occasion d'exposer dans ce chapitre et les suivants, ont été constituées les bases solides d'une théorie générale de l'abus des droits, qui, avec le temps, est devenue l'une des institutions les plus vivaces du droit musulman.

---

(1) **Malek**, *Mouat't'â*, édition du Caire, Imprimerie Nationale, 1314, avec le commentaire de **Zourqany**, t. III, p. 212.

Ce fut l'œuvre des grands jurisconsultes qui ont été les fondateurs des quatre *Madhâhib,* et surtout de trois d'entre eux : Malek, Abou Hanifah et Al Chafe'y.

Entre ces fondateurs de la science juridique musulmane on peut relever les mêmes divergences de vues que l'on rencontre aujourd'hui chez les civilistes français au sujet de la question de l'utilité sociale de la théorie de l'abus des droits et des dangers qu'elle présente.

Le même débat s'est élevé entre nos imams, et l'opposition de tendances qu'on peut constater aujourd'hui entre des écrivains comme M. Esmein, d'une part, et MM. Saleilles, Geny et Josserand, d'autre part, se retrouve chez les imams qui ont élaboré les bases du *fiqh* musulman. Alors que Malek, Abou Hanifah et leurs premiers disciples, s'inspirant de l'esprit moralisateur du Qorân, ont cherché à donner la plus large expansion possible à la notion de l'exercice abusif des droits, Al Chafe'y, au contraire, s'est préoccupé de défendre le principe de l'immutabilité des relations juridiques, ne craignant pas d'affirmer même, parfois, que l'on peut user de son droit d'une manière absolue, sans considérer si l'intérêt d'autrui peut en souffrir.

Cependant, il ne lui fut pas possible de nier, comme le font M. Esmein et d'autres auteurs, le droit à l'existence de la notion de l'abus des droits, puisque cette notion a été consacrée par le Qorân lui-même. Mais, il s'est efforcé d'en restreindre le domaine d'application. Al Chafe'y n'est pas allé, à raison des textes formels du Qorân, jusqu'à dire qu'un droit, parfaitement licite quand il est exercé dans une intention honnête, l'est également quand il est exercé dans une intention malicieuse. Il est obligé de reconnaître, dans ce dernier cas, en se plaçant au point de vue religieux, qui a évidemment une très

grande importance dans le monde musulman, que l'exercice du droit devient répréhensible et détestable et qu'il est donc du devoir de chacun de s'en abstenir.

Mais il ajoute que, dans les cas où quelqu'un est soupçonné d'avoir agi dans une intention méchante, il n'est pas au pouvoir des hommes de réprimer son acte et qu'il faut laisser à la seule justice divine le pouvoir de le frapper, car Dieu seul a le don de voir jusqu'au fond des pensées humaines et s'est réservé de les punir quand elles méritent un châtiment.

Voici donc deux tendances absolument opposées, en principe du moins, qui ont présidé à l'interprétation des textes et des traditions qui sont à la base du droit musulman.

76. Nous allons passer en revue, en premier lieu, les doctrines des représentants de la tendance moralisatrice et tempérée dans l'exercice des droits, et, en second lieu, les opinions des partisans, ou plutôt du partisan de la tendance absolutiste.

Cette étude nous retiendra assez longtemps. J'entends lui consacrer la meilleure partie de la place que j'avais réservée pour le développement de mon exposé historique. J'estime, en effet, que l'œuvre personnelle des fondateurs de rites a marqué l'étape principale, le tournant décisif dans l'histoire du déroulement scientifique de la doctrine musulmane de l'abus des droits. Si, dans le domaine particulier que nous étudions, les chefs d'école ont laissé aux théologiens des siècles suivants une tâche féconde d'harmonistique à accomplir derrière eux, ils ont, en revanche, singulièrement simplifié la tâche de ceux qui les ont suivis dans l'étude pratique du *fiqh*. Leurs élèves

ont dû se borner à perfectionner et ombrer les détails de constructions scientifiques dont toutes les lignes essentielles avaient déjà été arrêtées par les Maîtres du second siècle de l'Hégire.

Ceux des orientalistes européens qui ne limitent pas le cercle de leurs curiosités à l'histoire littéraire et à l'histoire politique des premiers siècles islamiques, mais l'étendent aussi à l'histoire juridique, se sont tout particulièrement préoccupés de reconstituer les méthodes de travail et les tendances scientifiques particulières à chacun des fondateurs de rites, mais en se plaçant peut-être trop exclusivement, pour entreprendre cette recherche, sur le terrain spécial où les a entraînés la méditation d'un des plus vigoureux chapitres de *Moqaddimah* d'*Ibn Khaldoun*, c'est-à-dire au point de vue de la position respective prise par chacun de nos imams dans la lutte doctrinale des *Ahl al H'adits* et des *Ahl al Râï* (1). Ni la clarté d'esprit et l'habileté d'exposition d'un **Von Kremer** (2), ni la conscience scientifique d'un **Sachau** (3), ni l'originalité de pensée et la documentation d'un **Goldziher** (4), n'ont pu jusqu'ici conduire sur ce point la science européenne à des conclusions définitives et inattaquables. Je suis convaincu, pour ma part, que seules des études monographiques consacrées, comme celle que j'entreprends ici, à l'examen comparatif des positions adoptées par chacun

(1) **Ed. Lambert,** *La fonction du droit civil comparé*, p. 346 et **Marçais,** dans l'introduction à sa traduction du *Taqrib en Naouawi.*

(2) *Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen*, I, p. 470-500.

(3) *Zur altesten Geschichte des Muhammedanischen Rechts*, dans *Sitzungsberichte der K. Akad. der Wissenschaft.* de Vienne; *phil. hist. Klasse*, 1870, LXV, p. 707.

(4) *Die Zâhiriten, ihr Lehrsystem und ihre Geschichte*, p. 3-24, et *Muhammedanische Studien*, I, p. 13 et s.

des créateurs de rites, par rapport, soit à l'une des questions fondamentales, soit à l'un des principes directeurs de la jurisprudence musulmane, pourront, en se multipliant, et par le rapprochement de leurs conclusions particulières, permettre à la science occidentale de résoudre avec une suffisante certitude morale, l'important problème d'histoire juridique signalé et provisoirement solutionné par quelques-uns de ses plus éminents représentants.

Il importe, puisque nous touchons ici le point vital de notre étude, et que nous abordons un ordre de recherches dont l'intérêt dépasse même, pour une partie de nos lecteurs européens, l'horizon dans lequel se renferment mes investigations, que nous nous astreignions à serrer les textes de plus près que jamais. Dans ce second chapitre, je m'effacerai autant que je le pourrai pour laisser la parole aux auteurs dont j'essaie d'analyser les doctrines.

SECTION I

Les représentants de la tendance moralisatrice et tempérée du droit.

Les représentants les plus autorisés de cette première tendance sont, comme nous venons de le dire : Malek, Abou-Hanifah et ses disciples.

PARAGRAPHE I

Les doctrines de Malek

77. — Malek Ibn Anas (97-173 Hégire, 715-795 ère chrétienne), qui, étant né et ayant vécu à Médine, a pu recueillir les enseignements du Prophète dans le milieu même où ils avaient été donnés et où le souvenir avait dû en rester le plus vivace, et qui a créé l'un des rites les plus répandus dans l'islam, et, en parti-

culier, dans le Maghreb, est incontestablement celui de nos grands jurisconsultes qui s'est prononcé le plus clairement et avec le plus d'énergie dans le sens d'un développement extensif de la notion de l'abus des droits.

C'est aussi, avec Al Chafe'y, celui des imams dont les opinions individuelles et les méthodes de travail sont les plus directement accessibles aux investigations de la science dans l'état présent de la littérature arabe. Pour pénétrer jusqu'à sa pensée propre, nous disposons, en effet, de deux précieux instruments qui sont :

1° La *Mouat't'â*, œuvre directe de l'imam, qui, par suite de la répétition constante de la formule « Malek a dit », prend en quelque sorte l'allure de notes de cours écrites sous la dictée du Maître. Ce premier livre, que j'ai utilisé au travers de l'édition, accompagnée du commentaire de Al Zourqany, qui en a été donnée au Caire en 1280 H., ne m'a pas fourni, à vrai dire, des renseignements aussi abondants que je l'avais espéré au premier abord. Il ne contient, en effet, ni un exposé vraiment systématique, ni une analyse détaillée des doctrines juridiques de Malek. Il faut se garder de prendre à la lettre la formule mise en circulation dans la science européenne par **M. Ignaz Goldziher** : « La *Mouat't'â* est un *Corpus juris* et non un *Corpus traditionum* » (1). Cette phrase du savant professeur de Buda-Pest, reproduite depuis par des auteurs de manuels, comme **Brockelmann** (2), et isolée par eux des commentaires et des restrictions qui la rendaient acceptable, a déjà provoqué, chez des lecteurs peu avertis, d'incontestables méprises.

---

(1) **Goldziher**, *Muhammedanische Studien*, II, p. 213.

(2) *Geschichte der Arabischen Litteratur*, p. 176.

Si Malek n'a pas donné à son travail de rassemblement des traditions, au point de vue des renseignements cherchés dans les *h'adits*, la même extension que **Bokhary** et ses successeurs, et s'il n'a pas procédé à ce travail dans le même but et avec la même préoccupation qu'eux, il n'en reste pas moins vrai que sa *Mouat't'â* est, avant tout, un recueil de *h'adits* encadrés entre quelques décisions des compagnons et des premiers Khalifes et quelques allusions à l'usage de Médine, *h'adits* choisis, sans doute, à raison de leur utilisation possible pour résoudre les questions pratiques rentrant dans le domaine du *fiqh*, mais qui ne peuvent pas nous renseigner aussi clairement sur la pensée du Maître que le feraient des réponses données par lui à des interrogations d'élèves.

Quand on a éliminé les gloses et les commentaires que les interprètes ont introduits dans l'édition moderne de la *Mouat't'â*, les passages consacrés à l'exposé des opinions personnelles de Malek apparaissent relativement peu nombreux et surtout très peu développés.

2° La *Modaouanah* nous a fourni une source beaucoup plus abondante de documentation. Il est vrai que ce second livre n'est pas l'œuvre directe de Malek. Il contient une série de réponses faites par le principal des disciples immédiats de Malek, Abd Al Rahman Ibn Al Qâsem, qui a vécu entre 132-191 Hégire (719-806 ère chrétienne), à des questions qui lui avaient été posées, réponses consignées par écrit vers la fin du second siècle par le Qadi Sah'noun Abou Saïd Al Tanûhi (1). Mais, dans ses réponses, Ibn Al Qâsem n'indique pas ce qui est son opinion personnelle, mais ce qu'il a entendu dire à son maître Malek.

---

(1) **Brockelmann**, L. C. p. 177.

Nous sommes en présence d'une transmission orale de l'enseignement de Malek qui a été faite par l'organe d'Ibn Al Qâsem et consignée par écrit par Sah'noun peu d'années après la mort de Malek. C'est à cette seconde source, particulièrement féconde, que j'ai puisé la majeure partie de mes renseignements sur la doctrine de Malek.

78. L'esprit de la doctrine de Malek est d'assurer, avant tout, un équilibre harmonieux et équitable entre les divers droits individuels et de faire fléchir la rigueur du droit accordé à chaque homme devant la considération des intérêts supérieurs de ses concitoyens.

Ses idées directrices peuvent s'analyser en trois principes :

1° L'exercice d'un droit ne peut se produire que dans le but pour lequel ce droit a été accordé;

2° L'exercice d'un droit cesse d'être légitime à partir de l'instant où le dommage qu'il entraine est excessif;

3° Nul ne doit exercer son droit quand l'exercice ne doit lui être d'aucun profit et risque de porter préjudice à autrui.

PREMIER PRINCIPE

1° *L'exercice d'un droit ne peut se produire que dans le but en vue duquel ce droit est accordé.*

79. Ce principe reçoit tout d'abord des applications très importantes dans la matière des droits familiaux.

Parmi les droits qui découlent de la puissance paternelle et de la tutelle, Malek reconnait au père et au tuteur testamentaire le droit de Djebr ou de contrainte matrimoniale, c'est-à-dire le droit de marier l'enfant impubère sans avoir à prendre son consentement ou à tenir compte de ses objections. C'est ainsi que, sous la rubrique « du

mariage de la fille conclu par le père sans la volonté de celle-ci » (1), nous trouvons dans la Modaouanah cette question : « Vois-tu, si la fille décline l'une après l'autre les offres de mariage qui lui ont été faites par plusieurs hommes, qu'on puisse la contraindre au mariage ou non ? » Ibn Al Qasem répond : « D'après Malek on ne peut la contraindre ; et, selon ce qu'il nous a enseigné, personne n'a le droit de forcer un autre au mariage, sauf le père, qui a ce droit sur sa fille vierge et impubère, sur son esclave, et le tuteur testamentaire sur l'orphelin (et non pas sur l'orpheline). » Ibn Al Qasem ajoute : « Un jour un homme consulta Malek en ma présence, en lui disant : « J'ai une nièce vierge qui est insensée ; j'ai voulu la marier avec un homme qui la protègerait et subviendrait à ses besoins ; elle a refusé. » Malek répondit : « On ne peut pas la marier sans son consentement ; si elle est insensée, tant pis pour elle. »

D'après ce passage, on voit que Malek et ses disciples ont limité le droit de Djebr quant à son étendue.

80. Mais ce n'est pas la seule limite de ce droit ; cette limite a été doublée, par Malek, d'une autre, d'ordre subjectif, qui est l'intérêt de l'enfant.

« Ce droit, nous dit Malek, ne peut être exercé que dans les limites de l'intérêt de l'enfant. »

Malek estime, en outre, que l'exercice de ce droit, par le père, dans un but autre que celui de l'intérêt de l'enfant, est nul et sans effet.

C'est ainsi, qu'à cette question posée à Ibn Al Qasem :

---

(1) *Al Modaouanah*, édition de Al Hadj Mohammad Affendi Sassy, Al Maghraby, Al Tounissy Le Caire, imprimerie Al Sa'adah 1323, tome IV, p. 5.

« Vois-tu, si le père marie sa fille mineure moyennant une dot inférieure à celle due aux filles de son rang, que ce mariage puisse être opposable à la jeune fille, d'après ce que t'a enseigné Malek? — Oui, répondit Ibn Al Qasem, car du moment où Malek nous a dit que le père a le droit de marier sa fille mineure malgré elle, je vois qu'il lui sera permis de la marier moyennant une dot (mahr) inférieure ou supérieure à celle qui est due à une fille de son rang, si cela est dans l'intérêt de la fille (1) ».

Ibn Al Qasem explique son opinion en racontant les faits suivants : « Un jour, Malek fut questionné par une femme répudiée qui avait entre ses genoux la garde de sa fille issue d'un mariage dissous, et dont l'ex-époux voulait marier la fille avec son propre neveu. Cette femme vint consulter Malek en lui disant : J'ai une fille qui est riche, très recherchée et à laquelle de grosses dots ont été offertes. Son père veut la marier avec son propre neveu qui ne possède rien. Vois-tu que j'aie le droit de parler? — Oui, répondit Malek, je vois que tu as le droit de faire entendre ta voix. »

Ibn Al Qasem, reproduisant cette question, dit : « Selon moi, je vois que le mariage contracté par la volonté du père sera opposable à la fille, à moins qu'un dommage ne résulte pour elle de ce mariage, auquel cas on doit empêcher le père d'agir. »

81. Cette préoccupation de limiter la puissance paternelle par l'intérêt de l'enfant se manifeste encore, par des discussions relatives à l'existence du droit pour le père de renoncer à une partie du mahr. On avait posé à Ibn Al Qasem cette question : « Vois-tu que dans le cas où un

(1) *Al Modaouanah,* tome IV, p. 5.

père a marié sa fille moyennant une dot (mahr), il puisse faire remise au mari d'une partie de cette dot, selon ce que t'a appris Malek ? Ibn Al Qasem répond : Malek nous a dit que le père n'a le droit de faire aucune remise de la dot de sa fille. »

En reproduisant cette opinion de son Maître, Ibn Al Qasem l'a critiquée en ces termes : « D'après moi, je vois qu'on doit distinguer selon que la remise est faite dans l'intérêt de la fille ou non. Dans le premier cas, c'est-à-dire si la remise a été inspirée par le souci de la sauvegarde de l'intérêt de la fille, par exemple, dans le cas où le mari, se trouvant dans la gène, songe à répudier la fille pour ne pas être contraint à payer toute la dot promise, la remise faite pour éviter cette éventualité, est valable. Si, au contraire, la remise n'est pas motivée par la nécessité de protéger l'intérêt de la fille, elle ne lui sera pas opposable » (1).

Cette limite subjective qui est imposée au père l'est aussi, à plus forte raison, au tuteur.

De même, le tuteur testamentaire a le droit de marier, sans son consentement, le garçon impubère soumis à sa tutelle, mais non pas la fille, et ce mariage sera opposable à l'enfant, s'il a été conclu dans son intérêt, nous dit Malek (2).

Par l'examen des exemples que nous venons de citer, on voit clairement que le droit accordé au père de marier sa fille mineure sans son consentement, ne peut être exercé

---

(1) *Al Modaouanah*, tome IV, p. 9. En droit musulman, si un homme répudie sa femme avant de l'avoir touchée, c'est-à-dire avant consommation du mariage, il aura le droit de réclamer la moitié de la dot qu'il avait payée à sa femme.

(2) *Al Modaouanah*, t. V, p. 18-23.

que dans les limites de l'intérêt de l'enfant. C'est, en effet, pour ce motif que les droits dérivant de la puissance paternelle ont été accordés.

82. A côté du droit de Djebr, une obligation similaire a été imposée à la fille majeure et vierge, celle d'obtenir le consentement du Oualy pour contracter mariage. Le consentement du Oualy, d'après Malek, est une condition essentielle pour la validité du mariage.

Pour la fille majeure et vierge, Malek et ses disciples ont soutenu qu'elle ne peut se marier sans le consentement de son Oualy qui doit être présent ou représenté.

Pourquoi exige-t-on le consentement du Oualy? C'est parce que l'on estime que la jeune fille vierge n'est pas capable, en agissant seule, de choisir le mari qui lui convient. Mais, dans le cas où le père abuse du droit qui lui est reconnu en refusant, sans motif raisonnable, son consentement, la fille a le droit de faire appel à la Justice; et si le juge reconnaît que le refus du Oualy n'est pas fondé, il a le droit de la faire marier en passant outre au consentement de ce dernier.

Cela ressort clairement du passage suivant de la Modaouanah : « D'après ce que t'a enseigné Malek, vois-tu lorsque le père d'une fille majeure et vierge renvoie un ou deux fiancés, alors qu'elle lui a dit, dès le premier refus : « Mariez-moi, car je veux un homme », que ce père puisse être considéré comme « 'At'el »(retardant sans motif légitime le mariage de sa fille)? Ibn Al Qasem répond : Je vois qu'on ne doit pas contraindre les pères à marier leurs filles vierges, à moins que leur refus ne soit inspiré par l'intention de leur nuire ou de les empêcher de prendre un mari. S'il est démontré qu'ils agissent dans ce but, le Sultan peut leur dire: Ou bien marie ta fille, ou bien je la

marierai moi-même à ta place. Le droit du père ne peut être exercé dans l'intention de nuire à sa fille ou de la contraindre au célibat, d'après ce que j'ai entendu enseigner par Malek » (1).

83. De même que Malek et ses disciples ont limité l'exercice de la puissance paternelle par le souci de l'intérêt de la fille, de même, ils limitent la liberté de cette dernière, quand elle est répudiée, par le souci du respect de l'honneur et de la dignité de sa famille. Ainsi, Malek nous dit : « Si une fille vient à être répudiée après avoir cohabité avec son mari, elle pourra habiter où bon lui semblera. Elle est absolument libre de choisir le domicile qui lui plaît » (2). Mais Ibn Al Qasem ajoute : qu'elle peut habiter là où elle veut, à moins que le père ou le Oualy n'ait à redouter, à raison du milieu qu'elle a choisi et qu'elle va fréquenter, ou à raison de ses penchants pour la débauche, que son indépendance ne provoque de funestes résultats.

Dans cette hypothèse, le père aura le droit de la contraindre à venir habiter sous son toit (3).

De même, si une femme qui vient d'être répudiée se marie avec un individu indigne d'elle, son Oualy aura le droit de faire annuler ce mariage (4).

S'il était utile, en effet, d'autoriser la femme répudiée à user généralement d'une liberté absolue, ç'eût été méconnaître la raison qui lui a fait accorder cette liberté par les juristes, que de lui permettre d'en user dans un but opposé à son intérêt propre.

---

(1) *Al Modaouanah,* t. IV, p. 14.

(2) *Al Modaouanah,* t. IV, p. 5.

(3) *Al Modaouanah,* t. IV, p. 5-6.

(4) *Al Modaouanah,* t. IV, p. 20.

84. Les droits découlant pour le père de la puissance paternelle ne sont pas limités aux seuls actes qu'il exerce sur la personne de ses enfants ; leur application s'étend aussi aux biens qu'ils possèdent. Mais, même dans ce dernier cas, ces droits sont limités par la sauvegarde de l'intérêt des enfants.

C'est ainsi qu'à la question suivante : « Vois-tu, lorsqu'une jeune fille devient pubère, que les actes de vente et d'achat relatifs à son patrimoine et accomplis par le père, soient valables? — Ibn Al Qasem répond : D'après Malek, cela est juste, car tant que la jeune fille habite chez son père, elle n'a pas le droit d'administrer elle-même ses biens. Ce droit ne lui appartient que le jour où elle se marie » (1).

Ce droit, comme le précédent, est limité par le souci de sauvegarder l'intérêt de l'enfant.

C'est ce qui résulte clairement de la réponse de Ibn Al Qasem à cette question : « Vois-tu que le père ait le droit de prendre la place de son enfant mineur dans un partage auquel ce dernier est appelé? — Oui, répond Ibn Al Qasem, aussi bien en matière mobilière qu'en matière immobilière. Cela était permis par Malek ».

« Mais, vois-tu, dans le cas où un père ayant entre ses bras (sous sa garde) son enfant mineur qui vient d'hériter de sa mère, et, en procédant au partage des biens de la défunte avec les parents de celle-ci, a été très complaisant à leur égard, et leur a fait des concessions au détriment de l'intérêt de l'enfant, que ces concessions puissent être opposables à l'enfant? (2). — Non, répond

---

(1) *Al Modaouanah*, t. IX, p. 167.

(2) *Al Modaouanah*, t. XIV, page 199.

Ibn Al Qasem, Malek a dit que la donation des biens de l'enfant faite par le père, ne lui est pas opposable. Il doit en être de même pour l'abandon d'une part de ses droits au partage. Lorsque l'enfant sera majeur, il aura toujours la faculté de revendiquer la chose que son père avait abandonnée si cette chose existe en nature; sinon, il aura le droit d'en réclamer la valeur à son père ou au co-partageant, selon que l'un ou l'autre est solvable » (1).

De même, pour la vente des biens du pupille, en principe, cette vente est permise; mais pour qu'elle soit valable, il faut qu'elle soit motivée par l'intérêt du pupille: « par exemple, dit Malek, dans le cas où le bien du mineur est sollicité par un homme riche qui en offre un prix véritablement avantageux, ou lorsque l'enfant n'a pour toute fortune qu'un bien dont le revenu n'est pas suffisant pour subvenir aux dépenses nécessaires à son éducation ou aux frais qu'entraine l'entretien de la chose en bon état. Dans ces conditions la vente est valable. Toutefois, le tuteur ne peut en aucune manière se rendre acquéreur, ni par soi-même, ni par l'intermédiaire d'un mandataire ou d'un ami complaisant. Si cela arrive, l'enfant conserve le droit de revendiquer sa chose quand il arrive à l'âge de sa majorité » (2).

Les mêmes raisons doivent exister pour valider la mise en gage d'un bien du pupille. Pour que le gage soit valable, il faut qu'il soit motivé par l'intérêt du pupille (3).

En ce qui concerne le droit accordé au père ou au tuteur sur le bien du pupille, nous tenons à prévenir une

---

(1) *Al Modaouanah*, t. XIV, p. 199.

(2) *Al Modaouanah*, t. XIV, p. 20.

(3) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 20.

objection qu'on pourrait, à première vue, nous adresser; à savoir que là on est en présence du défaut de droit et non pas de cas d'abus; car, d'après ces exemples, on tendrait plutôt à penser que le droit accordé au père est soumis à une condition. A cela, nous répondrons que c'était là notre première opinion, mais après un examen un peu attentif des textes, nous avons constaté que le droit est pur et simple; que le père a, en principe, ce droit, et que c'est parce qu'il a dégénéré en abus qu'on l'a supprimé.

85. Ce n'est pas seulement dans la partie relative aux droits familiaux que cette règle trouve un champ d'application fertile; elle reçoit encore des applications intéressantes en ce qui concerne l'usage qu'on doit faire de ses biens et le droit de poursuite judiciaire.

Pour Malek et ses disciples, on ne doit pas disposer aveuglément de sa chose. On ne doit en user que dans le but pour lequel on la possède.

C'est ainsi qu'à cette question : « Vois-tu qu'on puisse faire interdire un homme libre? Dans l'affirmative, décris moi cet homme ». Ibn Al Qasem répond : « Ce sont ceux qui ne savent pas user comme il convient de leur bien et qui le gaspillent dans la débauche, l'intempérance ou d'autres vices semblables. Si cela est prouvé contre eux, ces gens doivent être interdits. Mais celui qui sait bien utiliser et administrer ses biens, même s'il est méchant et débauché, pourvu qu'il ne soit pas prodigue dans l'usage de ses biens, ne doit pas être interdit. Cela est conforme à ce que m'a enseigné Malek » (1).

86. En ce qui concerne le droit accordé au créancier

---

(1) *Al Modaouanah*, t. XIII, p. 74.

contre son débiteur récalcitrant, Malek donne au juge le droit de jeter ce dernier en prison.

Mais, tout en accordant au juge ce pouvoir à l'encontre d'un débiteur de mauvaise foi, Malek n'oublie pas de déclarer que c'est là une mesure destinée à contraindre le débiteur à faire connaître les biens qu'il cache, pour désintéresser ses créanciers, et non pas pour lui infliger une peine. Aussi, cette mesure n'aurait-elle aucune raison d'être contre un débiteur qui ne paye pas parce qu'il ne possède rien.

C'est ainsi qu'à cette question : « Vois-tu que le juge ait le droit de jeter en prison une personne à raison de ses dettes, selon ce que t'a enseigné Malek ? Ibn Al Qasem répond : « Malek a dit : S'il est démontré au juge que le débiteur est récalcitrant, il doit le mettre en prison » (1).

« Qu'entend-t-on, selon Malek, par « débiteur récalcitrant »? a-t-on demandé à Ibn Al Qasem. Ce dernier répond : « Malek a dit : C'est le débiteur qui possède des biens et qui les dissimule aux yeux de ses créanciers ; tels ces commerçants qui prennent les biens des autres et qui s'assoient dessus (qui les cachent), et qui disent ensuite. « Nous les avons perdus », sans qu'on ait d'autre preuve de la perte de ces biens que leur déclaration et sans qu'on sache, dans le lieu où ils habitent, que ces commerçants ont été victimes d'un vol, que leur maison a été incendiée ou qu'un malheur s'est abattu sur eux ; ceux-là sont ceux qui s'assoient sur les biens des autres et qui doivent être mis en prison jusqu'à ce qu'ils payént ce qu'ils ont soustrait » (2).

---

(1) *Al Moduouanah*, tome XIII, p. 54.

(2) *Al Modaouanah*, tome XIII, p. 54-55.

« Est-ce que la mise en prison est limitée, selon Malek ? « a-t-on demandé à Ibn Al Qasem. » Non, répond celui-ci, l'emprisonnement de ces gens n'a pas de limite, d'après Malek. Le juge doit les emprisonner jusqu'à ce qu'ils payent leurs dettes, ou qu'il soit prouvé qu'ils ne possèdent aucun bien. S'il est démontré au juge qu'ils n'ont rien, il doit les remettre en liberté, car Dieu a dit dans son Livre : « Si le débiteur éprouve de la gène, on doit attendre qu'il soit à son aise » (1).

On voit bien par là que l'exercice du droit de poursuite devant les tribunaux, accordé aux créanciers contre leurs débiteurs, n'est légitime que lorsqu'il est susceptible d'amener le désintéressement des créanciers. Contre un débiteur malheureux, victime de circonstances indépendantes de sa volonté, l'exercice de ce droit est nettement prohibé par Malek.

De ces divers exemples, recueillis dans la Modaouanah, se dégage clairement le premier des trois principes que nous avons constatés chez Malek. Ce principe, qui peut se formuler ainsi : « L'exercice d'un droit doit toujours être conforme au but pour lequel ce droit est accordé », trouve, en effet, son application dans de nombreux passages de la Modaouanah. Nous aurions craint d'allonger inutilement notre étude en les citant en plus grand nombre.

DEUXIÈME PRINCIPE

87. Le deuxième principe que nous rencontrons dans la Modaouanah est, que « L'exercice d'un droit cesse d'être légitime à partir de l'instant où le dommage qu'il occasionne est excessif. »

---

(1) *Al Modaouanah, L. C.*

Ce principe reçoit son application, en premier lieu dans la question des conflits résultant du voisinage.

Quant à ces conflits, Malek et ses disciples sont partis de l'idée que « toute personne a le droit d'user de sa chose comme bon lui semble », même si cet usage est de nature à gêner les voisins. Mais, ils ont déclaré immédiatement que doit être interdit l'usage ou l'exercice d'un droit qui aura pour conséquence de porter préjudice aux voisins (et on entend par préjudice le dommage excessif causé aux voisins par l'exercice d'un droit).

88. Cette règle a été invoquée par Malek et ses disciples pour résoudre les conflits de voisinage relatifs aux établissements malsains, incommodes, insalubres ou dangereux. C'est ainsi qu'à cette question : « Vois-tu que, dans le cas où je suis propriétaire d'un terrain attenant à plusieurs maisons, et désire y construire une salle de bains, un four ou un moulin, les voisins qui s'y opposent, d'après les principes que t'a enseigné Malek, aient le droit de m'empêcher de construire ce que je veux édifier sur mon terrain » (1). Ibn Al Qasem répond : « Si les constructions que tu veux bâtir doivent porter préjudice aux voisins à raison des fumées qu'elles répandront sur le voisinage, ou d'un autre inconvénient semblable, ceux-ci auront le droit de s'opposer à tes projets, car Malek a dit : « On doit empêcher d'agir celui qui, en usant de ses droits, porte préjudice à son voisin ». Si donc tes actes sont tels, ils doivent être interdits » (2).

Il en est de même dans le cas où un forgeron, désireux d'augmenter son commerce, veut installer un grand

(1) *Al Modaouanah*, tome XIV, p. 235.

(2) *L. C.*

four ou une fonderie d'or ou d'argent. Cet agrandissement sera interdit s'il doit en résulter un dommage pour les voisins (1).

On doit empêcher, dans les mêmes conditions, une personne de creuser un puits ou un fossé à côté du mur de son voisin. C'est dans ce sens que Malek, dit Ibn Al Qasem, a résolu ces questions et toutes celles qui leur ressemblent (2).

« Vois-tu, demande-t-on ensuite à Ibn Al Qasem, dans l'édification d'un petit four, un acte préjudiciable? » — « Je n'ai jamais entendu, répond Ibn Al Qasem, Malek rendre une décision à ce propos. Mais, selon moi, je ne vois pas là un préjudice suffisant pour permettre aux voisins de s'opposer à l'édification d'un tel établissement ». (3)

89. La règle que nous étudions trouve encore son application dans le règlement des conflits résultant d'une ouverture donnant sur les maisons voisines. Cela résulte du passage suivant de la Modaouanah :

« Si une personne voulait pratiquer, dans ses murs, une lucarne, une fenêtre ou une porte qui lui permît de voir ce qui se passe chez les voisins, vois-tu, selon Malek, qu'on puisse l'empêcher d'agir ainsi ? — Oui, répond Ibn Al Qasem. Malek a dit qu'on doit empêcher une personne de faire cela ». (4)

Cette dernière question a été expliquée d'une manière plus précise à un autre moment : « Vois-tu, si une per-

---

(1) *Al Modaouanah*, t. XIV, p. 255.

(2) *L. C.*

(3) *L. C.*

(4) *L. C.*

sonne construit un palais à côté de ma maison, et si elle a pratiqué dans ses murailles des ouvertures lui permettant de voir les détails de la vie intime de mes enfants et tout ce qui se passe dans ma maison, que j'aie le droit de l'obliger à boucher ces ouvertures ? — Oui, répond Ibn Al Qasem. Tu as le droit de l'y contraindre; c'est ainsi que décidait Malek. Et Ibn Al Qasem ajoute que c'est là encore l'opinion de Omar Ibn Al Khat't'ab. Car, dit-il, Ibn Lahayâh nous a rapporté qu'il avait écrit à Omar Ibn Al Khat't'ab au sujet d'un homme qui avait pratiqué dans sa chambre une ouverture donnant sur la maison de son voisin. Omar a répondu par écrit à cette demande : « Qu'on doit placer, au-dessous de l'ouverture, un lit sur lequel on fait tenir un homme debout. Si l'homme placé dans cette position peut, grâce à l'ouverture, voir ce qui se passe chez le voisin, on doit obliger le propriétaire de la chambre à boucher sa lucarne. Dans le cas où l'homme ne voit rien, on doit, au contraire, la laisser telle quelle ». (1)

Quant à Malek, il a posé devant nous un principe : « Toute ouverture par laquelle on voit ce qui se fait chez son voisin est nuisible et doit être bouchée. Mais l'ouverture qui est faite, non pour regarder, mais pour faire pénétrer la lumière dans l'immeuble, doit être respectée ». (2)

90. Une autre question plus précise encore a été posée à Ibn Al Qasem : « Vois-tu, si le voisin, sans avoir pratiqué d'ouverture dans ses murs, a élevé sa construction de telle sorte qu'il me prive ainsi du soleil qui pénétrait

---

(1) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 197.

(2) *L. C.*

auparavant chez moi, et de la brise qui, avant les travaux, rafraîchissait mon habitation, que j'aie le droit de l'empêcher de surélever sa construction, si cela me prive de l'un de ces avantages? — Non, répond Ibn Al Qasem, on ne peut pas l'empêcher de construire pour ces raisons. Mais, on l'empêchera s'il veut pratiquer des ouvertures qui le mettent à même de voir ce qui se passe chez toi. C'est cela qui lui est interdit, et c'est alors qu'on doit lui dire : Bouche-les. Je n'ai rien entendu dire par Malek en ce qui concerne la privation de soleil et d'air, mais je ne vois pas qu'on puisse empêcher quelqu'un de construire en invoquant ce motif » (1).

D'après les exemples que nous venons de citer, on voit clairement que Malek et ses disciples immédiats ont posé, en ce qui a trait aux conflits qui naissent du voisinage, le principe que l'exercice du droit de l'un doit être limité par le respect de l'intérêt de l'autre, et que l'exercice d'un droit parfaitement légitime peut être interdit dans le cas où il nuit considérablement aux intérêts des voisins.

91. Cette règle, que nous venons d'expliquer, a été invoquée, en second lieu, par Malek et ses disciples pour résoudre les conflits résultant de la co-propriété.

Ils ont posé comme principe en cette matière que tout co-propriétaire peut provoquer le partage. Nul n'est tenu de rester dans l'indivision.

Cependant, si à la suite du partage chacun des propriétaires doit avoir une chose inutilisable, ou si le bien commun, une fois partagé, perd énormément de sa valeur, le partage en nature doit être interdit.

---

(1) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 197-198.

C'est ainsi qu'à cette question : « Vois-tu, lorsque une poutre appartient à deux personnes et que l'une d'entre elles invite l'autre à la partager en deux, et si cette dernière s'y refuse, qu'il faille la partager quand même ? — La poutre ne doit pas être partagée entre elles, répond Ibn Al Qasem, C'est ainsi qu'en a jugé Malek ».

Il a pensé de même, au cas où l'objet du partage est une robe ou une paire de sandales. Dans l'hypothèse où l'objet du partage est un petit moulin à farine composé de deux meules superposées et où l'un des co-propriétaires réclame l'une des deux meules et veut laisser l'autre à son co-partageant, la réponse de Malek est encore la même. S'il s'agit, à plus forte raison d'un objet précieux, d'une émeraude, d'une bague, le partage en nature de ces biens ne saurait avoir lieu.

Dans tous ces cas et dans une foule d'autres qui s'y rattachent, et que nous n'avons pas jugé utile de rapporter, Malek pose très nettement ce principe qu'on doit considérer le préjudice ou la diminution de valeur que le partage peut entraîner. « Si le partage de ces objets, dit-il, doit causer un préjudice à l'un des co-propriétaires, il ne saurait avoir lieu que si tous deux s'accordent à l'accepter » (1). Il a constamment appliqué ce principe au partage, sauf dans le cas où il s'agit de partager un établissement de bains. Dans cette hypothèse, Malek a déclaré que la division peut avoir lieu, même si un seul des deux co-partageants l'exige et si l'autre doit en souffrir. Cette exception, admise par Malek, a été combattue par son disciple Ibn Al Qasem, qui a dit : « D'après moi, le partage en nature d'un établissement de bains ne doit pas

(1) *Al Modaouanah,* t. XIV, p. 179-180.

se produire dans le cas où il entraîne un préjudice pour l'une des parties. On doit alors vendre l'établissement et en partager le prix entre les co-propriétaires (1). Il n'y a pas de raison, ajoute-t-il, de faire une exception ici à la règle générale posée par Malek ».

92. La règle que « le droit de l'un cesse d'être légitime dès que son exercice cause un dommage excessif à autrui » a été invoquée en troisième lieu par Malek pour régler la question de l'appropriation des terrains morts (incultes, sans maître).

En ce qui concerne le terrain libre, Malek pose ce principe que celui qui le défriche en devient le propriétaire par le seul fait de son travail, sans avoir besoin de demander l'autorisation de personne. C'est ainsi qu'à cette question : « Vois-tu qu'une personne qui défriche un terrain mort (inculte) sans l'autorisation du souverain, en devienne propriétaire immédiatement, ou qu'il lui soit nécessaire pour cela d'obtenir l'autorisation du souverain? » (2). Ibn Al Qasem répond : « Malek nous a déclaré que celui qui défriche un terrain mort en devient propriétaire, même s'il n'a demandé aucune autorisation au souverain. On vivifie un terrain mort par le seul fait qu'on y creuse des sources ou des puits, qu'on y plante des arbres ou qu'on y édifie des constructions. Celui qui accomplit l'un de ces actes sur un terrain libre en devient le propriétaire » (3).

Mais cette liberté accordée aux gens de défricher des terrains morts pour se les approprier est limitée par le

(1) *Al Modaouanah*, t. XIV, p. 221.
(2) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 195.
(3) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 195.

respect dû au droit de celui qui a antérieurement défriché un terrain semblable situé à proximité.

93. En effet, il est permis à un individu de défricher un terrain sans maître; mais, si en agissant ainsi il portait préjudice à une autre personne qui a déjà défriché et cultivé un champ de même nature et avoisinant le sien, l'exercice de ce droit cesserait d'être licite.

Cette hypothèse est prévue dans la question suivante : « Vois-tu, si un homme vient de creuser un puits éloigné de celui établi antérieurement par son voisin, et si l'eau de ce dernier est tarie par le fait du forage pratiqué, et si cela est prouvé, que le propriétaire du puits creusé en premier lieu ait le droit de faire combler le second ? — Oui, répond Ibn Al Qasem (1), Malek nous a dit que l'on pouvait combler le puits qui cause un dommage à un puits antérieurement construit. En effet, Malek n'a pas établi pour les puits un rayon dans lequel les autres ne peuvent être creusés. Mais, il a dit seulement qu'on ne doit pas creuser un puits dans le cas où ce fait sera préjudiciable à un puits déjà creusé. On ne peut pas, a-t-il dit, établir un rayon fixe, car la nature du terrain n'est pas toujours la même (2). La meilleure limite que l'on puisse fixer est le préjudice causé ».

J'ai ainsi épuisé la liste des exemples qu'il m'a paru suffisant de citer pour montrer que le deuxième principe développé par Malek, à savoir que l'exercice d'un droit cesse d'être légitime à partir de l'instant où il cause un dommage excessif, se trouve réellement exprimé dans la Modaouanah.

---

(1) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 196.

(2) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 189.

TROISIÈME PRINCIPE

94. Il nous reste, à présent, à passer en revue les exemples qui mettent en œuvre le troisième principe enseigné par Malek et qui peut se formuler de la façon suivante : « Nul ne doit exercer son droit quand l'exercice ne doit lui être d'aucun profit et porte préjudice à autrui ».

Ce dernier principe reçoit une première application dans la solution des conflits qui naissent de l'exercice absolu du droit de propriété. Toutes les fois qu'un conflit de cette nature est soumis au jugement de Malek, il ne manque pas d'affirmer sa volonté de ruiner l'esprit de chicane pour faire triompher, au contraire, les droits légitimes et conformes à l'intérêt social.

A cette question : « Vois-tu, s'il existe entre mon fonds et une source qui est également ma propriété, un terrain appartenant à un tiers, et sur lequel je suis forcé de passer faute d'autre chemin pour aller de ma source à mon terrain, que mon voisin ait le droit de m'interdire le passage sur son champ? » Ibn Al Qasem répond : « Non, il n'a pas ce droit, si ton passage ne lui cause aucun préjudice. J'ai entendu Malek dire, à propos d'un homme possédant un fonds entouré par des terrains cultivés appartenant à d'autres, qui lui avaient refusé le droit de passer avec ses bestiaux sur leur terrain pour se rendre dans son fonds, qu'ils ne pouvaient lui interdire le passage que si cela était dommageable à leurs cultures » (1).

Un conflit semblable s'est élevé entre deux voisins dont l'un voulait entrer dans la maison de l'autre pour procéder à la réfection du côté extérieur de son mur

---

(1) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 194-195.

donnant sur la maison du voisin. Ce dernier, par esprit de chicane, avait refusé au voisin l'accès de son logis. Malek a dit : « Celui-là doit, ou bien permettre à son voisin d'entrer chez lui pour procéder à la réparation du mur, ou bien procéder lui-même à cette réparation et à ses propres frais ».

On voit distinctement, d'après ces exemples, qu'une personne ne peut pas user des prérogatives exclusives que lui donne son droit de propriété dans les cas où cet exercice est de nature à nuire aux autres sans qu'elle en retire aucun avantage.

95. Une seconde application de cette règle a été faite par Malek en matière d'usufruit (de prêt de biens immobiliers). Lorsqu'une personne donne son fonds en usufruit à un tiers pour un certain temps et lui accorde la faculté d'y construire ce qu'il veut, si celui-ci y élève des constructions ou y plante des arbres, le principe posé par Malek est que, à l'expiration du délai, le propriétaire a le droit de reprendre son terrain dans l'état où il se trouvait au jour de la constitution de l'usufruit, et que l'usufruitier a le droit de démolir les constructions élevées par ses soins et d'en reprendre les matériaux. Cependant la démolition lui sera interdite lorsque les matériaux qui en proviendront ne seront pas utilisables. Dans ce cas, l'usufruitier doit laisser les constructions et les abandonner au propriétaire sans avoir droit à aucune indemnité. Dans l'hypothèse où les matériaux provenant de la démolition éventuelle pourraient être utilisés, le propriétaire du fonds conservera toujours le droit d'empêcher la démolition moyennant le payement à l'usufruitier de la valeur des matériaux estimés après démolition.

C'est ainsi qu'à cette question : « Vois-tu, si ayant

donné mon fonds en usufruit à une personne, pour un certain délai, avec droit d'y élever des constructions qu'elle veut y faire, et si cette dernière a construit et planté le fonds que je lui ai cédé, que j'aie le droit, à l'expiration du délai, de la chasser ? » Ibn Al Qasem répond : « Malek nous a dit que le propriétaire a le droit de faire sortir l'usufruitier de son fonds à l'expiration du délai et de s'approprier, s'il le désire, les constructions ou les plantations que l'usufrutier y a élevées en lui payant leur valeur (calculée comme si la démolition avait eu lieu). Si le propriétaire ne veut pas les acquérir, il peut exiger de l'usufruitier qu'il les démolisse sans avoir à lui payer aucune indemnité. Quant aux constructions dont les matériaux après la démolition n'auront aucune utilité, l'usufruitier ne pourra pas les démolir, et elles deviendront le bien du propriétaire du fonds sans que ce dernier ait à payer aucune indemnité » (1).

96. Nous avons trouvé la même solution en matière d'usurpation. C'est ainsi qu'à cette question : « Que vois-tu, lorsqu'une personne s'approprie le terrain d'autrui sur lequel elle plante des arbres? » Ibn Al Qasem répond : « On doit dire à l'usurpateur : Enlève tes arbres; à moins que le propriétaire veuille les acquérir moyennant le prix qu'ils vaudraient étant arrachés. Il en est de même pour les constructions; si l'usurpateur doit avoir un profit dans la démolition, on lui dit : Enlève-les; à moins que le propriétaire veuille les acheter au prix des matériaux, estimés après démolition. Mais pour les constructions, dont les matériaux provenant de la démolition ne seront d'aucune utilité pour l'usurpateur, celui-ci n'aura pas le

(1) *Al Modaouanah*, t. XV, p. 164.

droit de les démolir. De même, si l'usurpateur a creusé sur le terrain un puits, ou s'il a apporté de la terre pour niveler le sol, ou s'il a creusé des canaux, il n'aura aucun droit de les démolir, parce que cela ne lui sera d'aucune utilité. C'est ainsi que nous a enseigné Malek » (1).

97. Nous venons de voir de quelle manière Malek résoud la question du conflit des droits. Il s'appuie constamment pour cela sur les trois principes que nous avons constatés dans la Modaouanah et plus particulièrement sur les deux derniers, à savoir : 1° Que l'exercice d'un droit cesse d'être légitime lorsqu'il cause un préjudice (un dommage excessif) aux tiers ; 2° Que nul ne doit exercer un droit qui, sans lui profiter, est de nature à porter préjudice à autrui.

C'est en s'inspirant de ces tendances de Malek que les juristes postérieurs et les commentateurs des traditions sont arrivés, pour la plupart, à s'entendre sur l'explication du h'adits du Prophète : « Ni préjudice, ni acte dommageable ». « Ni préjudice » cela signifie, d'après eux, qu'il est interdit d'accomplir un acte préjudiciable aux tiers et profitable à celui qui agit. « Ni acte dommageable », cela signifie qu'il ne faut pas accomplir un acte préjudiciable aux tiers et non profitable à celui qui agit.

Cette interprétation se trouve donnée notamment dans le livre intitulé : « *Kitab Al Nihayah fi gharib El H'adits oua Al Atsar* », œuvre d'Ibn Al Atsir, traditionniste du VIe siècle de l'Hegire (2). On la rencontre également dans le Dictionnaire arabe « *Lisan Al Arab* » au mot d'Arar (préjudice). On la trouve enfin, dans le commentaire d'*Al Zourqany* sur le « Mouat'tâ » (3).

---

(1) *Al Modaouanah*, t. XIII. p. 71.

(2) **Ibn Al Atsir** (Madgd Al Din). *Kitab Al Nihayah fy gharib Al h'adits oua Al atsar*, édition de l'imprimerie Ottomane 1311, t. III, p. 16; **Ibn Al Athir** est mort en 606. Cf. *Brockelmann*, p. 357.

(3) **Mohammad Ab Al Baqy Al Zourqany**, né au Caire en 1055, est mort en 1122; **Al Djabarty,** *tarikh* (histoire), t. I, p. 69.

Al Zourqany, après avoir reproduit les diverses interprétations données par les auteurs antérieurs de la tradition « ni préjudice », « ni acte dommageable », cite celle d'Al Khochany, qui a dit : « Al d'Arar » (ni préjudice) contient la prohibition de tout acte qui t'est profitable et qui porte préjudice à ton voisin, et « Al d'erar » (ni acte dommageable) exprime l'interdiction de tout acte qui ne t'est d'aucun profit et qui est de nature à nuire à ton voisin. C'est là, dit Al Zourqany, une logique interprétation de la tradition. C'est un adage général qui s'applique en toute matière et auquel les juristes se réfèrent constamment. Il ajoute que cette tradition n'a pas pour but d'interdire tout acte dommageable aux tiers. La poursuite d'un délinquant ou celle d'un débiteur par son créancier ne saurait être prohibée bien qu'occasionnant un dommage. Une telle poursuite est nécessaire, en effet, pour faire cesser une injustice.

La tradition vise seulement les actes que l'on accomplit sur son bien et qui sont de nature à nuire aux voisins, comme par exemple la construction d'un établissement de bains, d'un four de boulanger, d'une forge, d'une fonderie d'or ou d'argent. De pareils actes donnent aux voisins le droit d'intervenir. L'idée générale mise ici en œuvre par Malek a été appliquée par lui dans un grand nombre d'autres hypothèses, et aucune contestation ne saurait s'élever sur le fait que Malek a été, dans cette matière, sans cesse guidé par les principes que nous avons extraits de la Modaouanah (1).

---

(1) **Malek-Mouat't'â** avec commentaire d'*Al Zourqany*, t. III, p. 211-212.

PARAGRAPHE II

Abou Hanifah et ses disciples immédiats, Abou Yousef et Mohammad Al Chaïbany.

98. Après avoir étudié l'œuvre de Malek et montré quelle place cet auteur accorde à la notion de l'abus du droit, il nous a paru intéressant de nous livrer aux mêmes recherches à travers les ouvrages dans lesquels se trouvent exposées et discutées les tendances qui caractérisent l'œuvre juridique de son illustre contemporain l'imam Abou Hanifah qui est mort en 150 ou 151 de l'Hégire (767 ou 768 de l'ère chrétienne) après avoir jeté, lui aussi, les bases d'un des rites musulmans les plus répandus.

Tout comme le fondateur du rite Malikite, Abou Hanifah nous parait avoir accordé une grande importance à la théorie de l'abus des droits. Malheureusement, nous ne possédons aucun ouvrage d'Abou Hanifah lui-même. Mais quelques-unes des doctrines personnelles qu'il a professées nous sont parvenues grâce à deux de ses disciples directs : Abou Yousef et Mohammad Al Chaïbany. Ce dernier a composé un ouvrage intitulé « Al Djamè Al Çaghir » dans lequel il expose quelques idées d'Abou Hanifah telles qu'elles lui ont été rapportées par Abou Yousef, lequel les tenait du Maître lui-même. (2)

C'est dans cet ouvrage que nous avons puisé toutes les décisions d'Abou Hanifah, relatives à la question de l'exercice abusif des droits.

Au premier abord, en consultant le « Djamè Al Çaghir », il semble qu'Abou Hanifah ait méconnu le premier des trois principes que nous avons étudiés chez Malek, à

savoir que « l'exercice d'un droit doit toujours être conforme au but pour lequel ce droit est accordé », et que ce principe n'ait été admis que par ses élèves.

Il y a, au contraire, accord parfait entre le Maître et les disciples lorsqu'il s'agit du deuxième principe que nous avons formulé, de la manière suivante, dans notre étude sur Malek : « Nul ne peut exercer son droit quand cet exercice est de nature à porter un préjudice excessif aux tiers. » A vrai dire, ce principe dans « Al Djamè Al Çaghir », n'apparait pas sous des formes absolument identiques à celles qu'il revêt dans la « Modaouanah ». Tandis que dans ce dernier ouvrage, nous rencontrons des solutions qui proscrivent l'usage d'un droit lorsqu'il en résulte ou en peut résulter un dommage considérable pour autrui, dans « Al Djamè Al Çaghir » nous trouvons des solutions qui interdisent l'exercice rigoureux du droit, ce qui, à notre avis, aboutit aux mêmes conséquences pratiques.

Pour faire un exposé aussi complet que possible des tendances particulières de la doctrine Hanafite, lors de sa formation, nous avons consulté, outre « Al Djamè Al Çaghir », l'ouvrage « Kitab Al Kharadj » d'Abou Yousef. Cet ouvrage, qui est un rapport sur les impôts, présenté par le disciple d'Abou Hanifah au Khalife Haroun Al Rachid, contient, par endroits, des développements juridiques qui dévoilent nettement les tendances de cet auteur et nous permettent de comprendre mieux les origines du rites Hanafite. Outre les deux principes que nous venons d'énoncer, le « Kitab Al Kharadj » renferme, en effet, deux principes nouveaux qui achèvent d'éclairer les tendances particulières des premiers jurisconsultes hanafites. Ces principes sont les suivants : 1° Lorsque

deux droits se trouvent en lutte, celui dont l'exercice présente le plus d'intérêt doit triompher ; 2° Nul ne peut exercer son droit dans le but de nuire aux tiers.

Après avoir ainsi formulé les tendances qui dominent l'œuvre des trois premiers constructeurs du rite Hanafite, nous allons exposer les décisions qui nous ont permis de les dégager.

PREMIER PRINCIPE

99. En ce qui concerne le premier principe : « L'exercice d'un droit doit toujours être conforme au but pour lequel ce droit est accordé », nous venons de noter qu'au premier abord, Abou Hanifah semble l'avoir méconnu. Mais un examen plus attentif de l'œuvre de ses disciples directs, montre que ce principe s'accuse, même chez Abou Hanifah, dans certaines solutions relatives aux droits découlant de la puissance paternelle et de la tutelle et aux droits reconnus à un mandataire investi d'un mandat général à fin de mariage.

1° *Applications à la puissance paternelle et à la tutelle.* — Parmi les droits découlant de la puissance paternelle, Abou Hanifah et ses disciples ont reconnu au père le droit de *Djebr* ou de contrainte matrimoniale, c'est-à-dire le droit de marier son enfant mineur sans avoir à prendre son consentement ou à tenir compte de ses objections. Cependant, ils ont limité à l'intérêt de l'enfant, l'exercice du droit reconnu au père. La sauvegarde de l'intérêt de l'enfant est une des conditions essentielles pour la validité de l'exercice de ce droit. Ce droit, comme disent les juristes postérieurs, est donné au père pour lui permettre de ne pas laisser échapper l'occasion qui peut se pré-

senter de marier avantageusement son enfant, et non pour qu'il l'exerce aveuglément. (1) Au premier abord, il semble que Abou Hanifah ait accordé ce droit au père de famille sans lui imposer aucune restriction. C'est ainsi que si le père marie sa fille mineure moyennant une dot de dix darahem, alors que cette dot, d'après le rang social de l'enfant, devrait être de mille dirham, Abou Hanifah dit que le mariage est valable, alors que Abou Yousef et Mohammad Al Chaïbany soutiennent que ce mariage est nul et qu'il n'est pas permis au père de réduire la dot exigée pour la jeune fille au delà de la dernière concession d'usage que les gens ont l'habitude de faire en pareil cas. (2)

« Il en est ainsi, disent Abou Yousef et Mohammad, car le pouvoir donné au père a pour raison d'être la sauvegarde de l'intérêt de la jeune fille. Cette sauvegarde est une condition essentielle pour l'exercice valable du droit, et comme celui qui consent à marier sa fille en diminuant la dot dans des proportions manifestement exagérées, est loin de sauvegarder l'intérêt de son enfant, il est évident, disent-ils, que le mariage contracté dans de telles conditions est annulable » (3).

---

(1) **Al Zaïla'y**, *Char'h Kinz Al Daqaïq*, édition de l'Imprimerie Nationale de Boulaq (Le Caire) 1315, t. II, p. 131.

(2) *Al Djamè Al Çaghir*, p. 32.

(3) Nous avons dit déjà que Al Djamè Al Çaghir était un résumé succinct de décisions, ne contenant aucun commentaire de ces dernières. Aussi, avons-nous dû nous référer aux juristes postérieurs pour avoir l'explication que nous venons d'exposer. Cette explication est donnée par : 1° **Ibn Al Hammam**, *Charh'Fath'*, Al Qadir, édition de Boulaq, 1316, t. II, p. 425-426; 2° **Qady Z'adeh**, *Nataïdj Al Afkar*, commentaire d'*Al Hidaïah*, *Charh' Bidaïat Al Mobtady*, imprimé avec Fath Al Qadir *L. C.*; 3° **Al Babarty**, *Charh' Al enaïah*, imprimé sur la marge de *Fath Al Qadir*, *L. C.* Tous ces auteurs s'accordent à affirmer que cette explication est celle qu'ont donnée Abou Hanifah et ses disciples.

Abou Hanifah affirme, au contraire, qu'un tel mariage est valable, car dit-il, l'affection du père et son amour paternel constituent une présomption suffisante de bonne foi en ce qui concerne la sauvegarde de l'intérêt de la jeune fille. Ce n'est pas la diminution de la dot qui peut être préjudiciable à la fille mineure et qui constitue une lésion à son intérêt, mais c'est le mauvais choix d'un mari avec lequel la vie commune sera impossible. Ce n'est pas l'argent qui est le but du mariage, c'est le bonheur dans la vie conjugale. Dans le contrat de mariage, la dot, dit-il, n'est pas le seul but poursuivi, elle n'est pas même le plus important, et il est bien probable que le père qui a consenti à marier sa fille moyennant une dot inférieure à celle qui convient à sa situation et à ses qualités personnelles a pensé réaliser un autre intérêt beaucoup plus appréciable (1).

Au sujet de la légitimité de l'exercice du droit de *Djebr*, nous trouvons une autre divergence entre Abou Hanifah et ses disciples, pour le cas où un père marie son enfant mineure avec un esclave. Le premier soutient qu'un tel mariage est valable parce que le père peut y avoir consenti à raison d'un intérêt supérieur auquel il sacrifie la question de dignité. Au contraire, ses deux disciples décident que ce mariage est nul, car c'est là, disent-ils, un sacrifice manifeste de l'intérêt de l'enfant, et, d'ailleurs, rien ne saurait compenser l'abandon de la dignité (2).

---

(1) *L. C.*, p. 425-426.

(2) *Djamè Al Çaghir*, p. 32, où l'on trouve les deux solutions. Quant aux motifs qui ont guidé Abou Hanifah, d'une part, et Abou Yousef, d'autre part, ils sont indiqués dans le *Nataïdj Al Afkar*, t. II, p. 425.

100. Dans cette double discussion entre Abou Hanifah et ses disciples, il semble, comme nous l'avons remarqué, qu'il existe entre le premier et les seconds une divergence de vues irréductible. Si l'on prend cependant la peine de regarder attentivement les arguments à l'aide desquels ils arrivent à des solutions opposées, il apparait très clairement que le principe qui les a guidés dans la lutte est le même dans les deux camps. Le maître et les disciples ont entendu imposer une limite à l'exercice du droit reconnu au père de marier son enfant mineur. Cette limite, ils l'ont trouvée dans la sauvegarde nécessaire de l'intérêt de l'enfant.

Dans le premier exemple que nous avons donné de ces discussions, ce qui sépare les adversaires ce n'est pas, en effet, une question de principe. Tous se sont accordés à reconnaître que le droit donné au père ne saurait être exercé contrairement à l'intérêt de l'enfant. Mais, tandis qu'Abou Hanifah, lorsque le père accepte de marier son enfant moyennant une dot inférieure à celle qui lui est due à cause de son rang, ne voit pas dans ce fait un abus du droit reconnu au père, ses disciples, au contraire, estiment qu'il y a là un fait de mésusage susceptible d'entrainer la nullité du mariage.

Dans le deuxième exemple cité par nous, ce n'est encore pas une question de principe qui est en jeu. C'est seulement la question de savoir si le fait par le père de marier son enfant mineur avec une personne d'un rang inférieur, un esclave, par exemple, constitue ou non un exercice abusif du droit de *Djebr*. Pour Abou Hanifah, en agissant ainsi, le père n'outrepasse pas son droit. Pour ses disciples, au contraire, il y a là un abus manifeste suffisant pour faire annuler le mariage.

Ce qui nous permet de penser qu'Abou Hanifah n'a pas méconnu le principe que nous exposons, c'est que, lorsqu'il s'agit des droits que le tuteur possède sur les biens du pupille, il admet avec ses élèves et sans qu'aucune discussion s'élève entre eux, que le tuteur, pour que son acte soit valable, doit agir conformément à l'intérêt du pupille.

C'est ainsi qu'avec ses disciples, il n'hésite pas à annuler la vente des biens du mineur, contractée par le tuteur dans le cas où ce dernier a fait des concessions qui dépassent celles que les gens ont l'habitude de faire (1).

Il admet de même avec eux, que la cession de la créance du pupille faite par le tuteur n'est valable que dans les cas où elle est opérée dans l'intérêt du pupille (2).

101. 2° *Application au mandat à fin de mariage.* — Nous avons trouvé une seconde application de ce premier principe dans le cas où un homme donne mandat général à un tiers de lui chercher une femme et de le marier. La question se pose dans « Al Djamè Al Çaghir » de la manière suivante :

« Si un émir (prince) charge un homme de le marier avec une femme (sans préciser laquelle) et que ce mandataire, en vertu de sa procuration, le marie avec l'esclave d'un tiers, ce mariage sera-t-il valable ? Abou Hanifah soutient qu'il est valable (3), et cela : 1° à raison du caractère absolu des paroles par lesquelles le mandat a été donné ; 2° parce que il n'y a pas lieu de soupçonner le

---

(1) *Al Djamè Al Çaghir*, p. 129.

(2) *L. C.*

(3) Nous avons trouvé cette décision dans *Al Djamè Al Çaghir*, p. 33, et son commentaire dans *Fath Al Qadir*, t. II, p. 432.

mandataire d'avoir agi dans un intérêt personnel. Le mariage sera nul, au contraire, à son avis, si le mandataire fait marier avec l'émir une de ses esclaves. On aura, en effet, des raisons de croire, dans ce cas, que le mandataire a agi dans son propre intérêt ; 3° Enfin, l'usage ne s'oppose pas à ce qu'on se marie avec une femme d'un rang inférieur à celui qu'on occupe. C'est souvent, au contraire, une raison d'économie qui guide un pareil choix ».

Abou Yousef et Mohammad soutiennent, au contraire, que le mariage ne sera valable que si le mandataire marie l'émir avec une femme de son rang. Même dans le cas où le mandat a été donné en termes généraux, il doit être interprété selon les habitudes du milieu et, dans ce cas, l'usage exige certainement qu'un émir épouse une femme de son rang et non une esclave (1).

Ici encore il ne semble pas que le différend qui sépare Abou Hanifah et ses disciples soit une preuve qu'Abou Hanifah a méconnu le principe que nous développons. Le maître et les élèves s'accordent bien à reconnaître qu'on ne doit user d'un droit que dans le but en vue duquel ce droit existe. Ils discutent seulement sur le point de savoir si le fait de faire marier un émir avec une esclave constitue réellement un abus du droit que le mandat, conféré en termes généraux, donne au mandataire. Pour le maître, un tel mariage ne contient pas un abus alors qu'il en constitue un aux yeux de ses disciples.

---

(1) *Al Djamè Al Çaghir*, p. 33. Nous avons puisé ces deux interprétations dans *Fath Al Qadir*, t. II, p. 432.

DEUXIÈME PRINCIPE

102. Le deuxième principe que nous avons analysé dans notre étude sur Malek apparait aussi nettement dans les décisions d'Abou Hanifah et de ses disciples. Pour eux, comme pour Malek, l'exercice d'un droit cesse d'être légitime dès l'instant où il cause un préjudice excessif à autrui.

Cette idée se dégage du Djamè Al Çaghir sous la forme suivante : l'exercice d'un droit pour demeurer légitime ne doit pas être rigoureux.

Nos trois auteurs font application de ce principe dans la matière des rapports juridiques qui naissent de la co-propriété; dans celle de l'exécution des contrats et dans celle enfin des actions judiciaires.

Nous avons recherché vainement dans Al Djamè Al Çaghir, une décision qui puisse nous dévoiler l'opinion d'Abou Hanifah relativement aux droits immobiliers en dehors de toute idée contractuelle; nous n'avons rien trouvé.

Rapports de co-propriété

103. **A.** A l'occasion des rapports qui existent entre deux co-propriétaires d'une maison dont l'un possède le premier étage et l'autre le rez-de-chaussée, une divergence de vue, semble se manifester entre Abou Hanifah et ses élèves.

Abou Hanifah déclare que, dans ces circonstances, le propriétaire du rez-de-chaussée n'a pas le droit de planter un pieu dans le mur de son logement ni d'y pratiquer une ouverture sans l'autorisation du propriétaire du premier étage.

Pour justifier cette prohibition, Abou Hanifah argumente que, par le fait de la co-propriété, chacun des co-propriétaires possède sur le bien de l'autre un droit semblable au droit d'un créancier gagiste ou d'un locataire. En vertu de ce droit l'un ne pourra rien faire sans obtenir le consentement de l'autre, mais ce dernier ne pourra refuser le consentement demandé dans le cas où l'acte pour lequel on le lui demande ne saurait lui causer aucun dommage (1).

Abou Yousef et Mohammad, déclarent que, malgré l'existence de la co-propriété, chacun des occupants conserve, dans les limites de son bien propre, un droit qui lui permet d'agir à sa guise sans se préoccuper de demander le consentement de son voisin. Mais ce droit ne lui permet cependant pas, à leur avis, d'accomplir un acte susceptible de porter préjudice aux tiers. Donc, les co-propriétaires de la maison pourront agir librement, lorsque leurs actes ne seront pas de nature à porter préjudice ; ils devront, au contraire, s'abstenir de tout acte préjudiciable (2).

D'après cet exposé on voit que, bien que partant d'un point de vue différent, Abou Hanifah d'une part, et ses élèves, d'autre part, sont arrivés au même résultat, car Abou Hanifah, tout en interdisant à un co-propriétaire de rien faire sans le consentement de l'autre, trouve un abus dans le cas où ce dernier refuse une tolérance qui ne saurait lui être préjudiciable ; tandis que les élèves, tout en reconnaissant au co-propriétaire une liberté absolue, trouvent dans l'accomplissement d'un acte préjudiciable un exercice abusif de son droit.

---

(1) *Al Djamè Al Çaghir* nous fournit cette décision, page 81 ; son explication se trouve dans *Fath' Al Qadir*, t. V, page 502.

(2) *L. C.*

Rapports contractuels

104. B. Le souci d'interdire l'exercice rigoureux des droits apparait encore très nettement chez Abou Hanifah et ses élèves lorsqu'ils traitent des relations contractuelles. Ici, nous ne trouvons plus entre eux aucune divergence.

1° Pour que l'exécution rigoureuse des contrats ne constitue pas un péril pour les parties, Abou Hanifah et ses disciples ont admis qu'un contrat pourrait être résilié pour un motif légitime.

« C'est ainsi, disent-ils, que si un tailleur qui vient d'engager un ouvrier cesse son travail, faute de clientèle, cette circonstance constitue un motif suffisant pour résilier le contrat passé entre le tailleur et l'ouvrier. Mais, dans le cas où le tailleur cesse d'exercer son métier pour en entreprendre un autre, il n'y aura plus là un motif légitime de résiliation du contrat » (1).

Dans le même ordre d'idées, lorsqu'une personne qui a engagé un domestique, se trouve dans l'obligation de quitter son pays, le contrat passé entre le domestique et cette personne sera résilié, et cette règle doit être appliquée toutes les fois qu'une circonstance quelconque constitue un motif légitime de résiliation du contrat (2).

2° Abou Hanifah et ses élèves s'accordent également à déclarer que, lorsqu'une personne loue une maison sans faire connaître dans le contrat à quelle affectation elle la destine, le contrat est valable, mais il n'est pas possible au locataire d'installer dans ce local une forge ou un moulin (3).

---

(1) *Al Djamè Al Çaghir*, p. 102.

(2) *Al Djamè Al Çaghir*, p. 102-103.

(3) *Al Djamè Al Çaghir*, p. 103.

Cette restriction apportée au droit du locataire montre bien le désir de nos auteurs d'éviter, en interdisant l'exercice rigoureux des droits, qu'un préjudice puisse se produire.

3° En troisième lieu, cette même préoccupation apparait chez Abou Hanifah et ses disciples, lorsque le préjudice qui résulte de l'exercice rigoureux d'un droit, risque de s'étendre à la communauté tout entière.

Dans le cas d'accaparement de denrées alimentaires, ils ont déclaré que si l'accaparement se produit dans une ville où il ne peut causer aucune gêne, il demeure licite, mais qu'il constitue une action détestable quand il peut nuire à la communauté (1).

Actions en justice

105. C. En ce qui concerne la matière de l'exercice des actions en justice nous rencontrons encore dans « Djamè Al Çaghir » des solutions qui condamnent l'usage rigoureux d'un droit.

Dans le cas, par exemple, où le mandataire du défendeur, pour arrêter le cours de la procédure, voudrait renoncer pendant le procès et en l'absence de son mandant à continuer sa mission, Abou Hanifah et ses élèves reconnaissent au juge le pouvoir de le contraindre à continuer le procès, bien qu'en principe ils aient admis qu'un mandataire peut renoncer, quand bon lui semble, à son mandat (2).

De même, lorsqu'ils s'occupent du droit reconnu au créancier de poursuivre son débiteur devant les tribunaux,

(1) *Al Djamè Al Çaghir,* p. 111.
(2) *Al Djamè Al Çaghir,* p. 113.

Abou Hanifah et ses disciples nous disent : Si le débiteur avoue devant le juge qu'il doit la somme pour le paiement de laquelle il est poursuivi, le juge devra le faire emprisonner. Mais le juge est obligé, après avoir recouru à ce moyen, de se renseigner sur la situation financière du débiteur et de voir si ce dernier ne possède rien pour se libérer ou si, au contraire, possédant des biens, il ne veut pas payer ce qu'il doit. Dans le premier cas, le juge devra mettre en liberté le débiteur; dans le second cas, il devra le maintenir en prison et vendre les biens qu'il possède pour désintéresser les créanciers (1).

TROISIÈME ET QUATRIÈME PRINCIPES

106. J'ai emprunté au « Djamè Al Çaghir » de Mohammad Al Chaïbany, l'exposé des deux premiers principes où s'affirment les tendances de la doctrine Hanafite favorables au développement de la notion de l'abus des droits. Ces deux principes se retrouvent également dans l'ouvrage d'Abou Yousef : le « Kitab Al Kharadj ». Nous rencontrons, en outre, dans ce dernier livre, des décisions d'après lesquelles, lorsque deux intérêts sont en lutte, le plus faible doit céder le pas au plus fort. Nous verrons également dans cet ouvrage, très clairement exprimé, le principe que nul ne doit exercer son droit dans l'intention de nuire à autrui. Nous aurions voulu, conformément au plan que nous venons d'adopter dans l'étude d' « Al Djamè Al Çaghir », grouper des passages spéciaux de « Kitab Al Kharadj » à l'appui de chacun des principes dont nous avons signalé l'existence dans cet ouvrage. Malheureusement, ce livre étant un rapport sur les impôts et non un

(1) *Al Djamè Al Çaghir*, p. 95.

ouvrage purement juridique, il nous a paru impossible de procéder de cette manière. Nous avons préféré exposer les divers passages qui nous ont paru se rattacher à notre étude et, à la fin de chacun d'eux, essayer de préciser les principes qui s'en dégagent.

Pour comprendre toute la portée et la signification pratique des extraits que nous allons emprunter à l'œuvre d'Abou Yousef, il importe de ne pas perdre de vue que la jurisprudence islamique n'a jamais élaboré un droit administratif distinct du droit privé et établi sur des bases spéciales; que le *fiqh* ne contient, ni une législation de la domanialité publique, ni une législation des travaux publics, ni une théorie autonome de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

107. Sous la rubrique : Des îles et des digues qui se trouvent dans les fleuves le Tigre et l'Euphrate, Abou Yousef dit : « Tu as demandé, ô Commandeur des croyants, ce qu'il faut décider relativement aux îles qui se forment dans les fleuves le Tigre et l'Euphrate, et autour desquelles un homme a élevé une digue, afin de les dessècher complètement pour en assurer la culture ? (1). A cela je réponds : Si une île se forme dans le Tigre ou l'Euphrate, et qu'un riverain élève une digue pour la dessècher afin de la cultiver, cette île lui sera acquise, de même qu'est acquise à celui qui lui communique la vie (défriche) une terre morte (inculte), cela à condition que cette entreprise ne porte préjudice à personne (2). Mais si l'action du riverain est de nature à porter préjudice à quelqu'un, on doit lui interdire de l'accomplir, l'empêcher d'élever des digues ou de cultiver l'île, et le contraindre à ne rien

(1) **Abou Yousef,** *Kitab Al Kharadj*, p. 52.

(2) *L. C.*

faire sans l'autorisation du Commandeur. C'est ainsi que si l'eau se retire autour d'une île dans le genre de celle qui se trouve dans le Tigre, à proximité de Boustan Moussah (jardin de Moussah) ou de celle qui se trouve à l'Est de la ville, personne n'aura le droit d'y élever la moindre construction ou d'y pratiquer aucune culture, parce que si une île pareille est endiguée et cultivée, cela sera de nature à porter préjudice aux propriétaires des maisons bâties en face de l'île. Et il n'est pas permis au Commandeur de donner cette île à un particulier, ni d'y rien faire lui-même » (1).

Par cette décision, on voit qu'Abou Yousef limite la liberté reconnue aux particuliers de s'approprier, en les cultivant, les biens libres, par le respect dû aux intérêts des tiers. Il impose au souverain lui-même l'obligation de ne pas outrepasser la limite déterminée par lui.

108. « Si une île, dit encore Abou Yousef, se forme dans le Tigre ou l'Euphrate devant la maison ou la pelouse d'un riverain et si celui-ci veut la dessécher pour l'annexer à sa pelouse afin de l'agrandir, il n'aura pas ce droit. Cette entreprise devra lui être interdite. Mais si un autre homme vient à la protéger contre l'eau par des digues pour la cultiver et pour payer son impôt, cette île lui sera donnée en propriété au même titre que la terre morte (inculte). Si, au contraire, le riverain cité en premier lieu voulait dessécher l'île pour la cultiver lui-même et payait son impôt, la propriété de cette île devrait lui être accordée de préférence à tout autre personne » (2).

On voit par là le désir d'Abou Yousef de conserver

---

(1) *Kitab Al Kharadj*, p. 52.

(2) *Kitab Al Kharadj*, p. 53.

aux choses leur destination la plus utile à l'intérêt commun. Lorsqu'un individu veut s'approprier un bien sans maître pour son seul plaisir, Abou Yousef n'hésite pas à proclamer qu'on doit préférer à cet individu celui qui cherche à s'approprier ce même bien pour l'exploiter, le cultiver et en faire profiter ensuite la communauté, lui-même, et le Trésor.

« Si les îles desséchées et protégées par des digues entravent la circulation des bateaux sur le Tigre et l'Euphrate, dit encore Abou Yousef, et les exposent à échouer, on doit interdire le dessèchement de ces îles ainsi que la construction des digues qui les entoureront, car le Tigre et l'Euphrate sont des routes nationales et personne ne peut avoir le droit d'élever sur une route le moindre obstacle de nature à gêner la circulation. Le Commandeur lui-même ne saurait avoir le droit de tolérer sur une route l'existence d'un fait de nature à rendre la circulation périlleuse. Il ne saurait, pour la même raison, avoir le droit d'autoriser à endiguer ou à dessècher les îles situées dans le Tigre ou l'Euphrate, sauf dans le cas où cela n'aurait pas pour résultat de gêner la circulation » (1).

N'y a-t'il pas là encore la consécration de cette idée que nous avons notée plus haut, à savoir que, d'après Abou Yousef, on doit assurer aux choses la destination qui leur convient? N'y a-t'il pas même là le principe sur lequel s'édifie en Europe toute la théorie de la domanialité publique inconnue en droit musulman en tant qu'institution spéciale? Notre auteur ne craint pas d'imposer au Commandeur lui-même le respect de cette destination d'ordre public.

(1) *Kitab Al Kharadj*, p. 53.

109. Il écrit ailleurs : « Tu as demandé, ô Commandeur des croyants, quelle solution il faut admettre relativement aux digues élevées sur le parcours des bateaux dans le Tigre et l'Euphrate, et qui sont de nature à profiter aux uns, (c'est-à-dire aux riverains) et à gêner les autres (les bateliers)? A cela je réponds : Si ces digues entravent la circulation des bateaux, on doit les faire disparaître ; si elles n'entravent pas cette circulation, on doit les laisser subsister. On a fait à ce propos à Abou Yousef l'objection suivante : « Mais, ces digues sont toujours gênantes, car il peut se produire que le courant entraine les bateaux et les jette sur la digue où ils se briseront. » Abou Yousef répond à cela « que si cette éventualité se produit, il suffira de rendre responsable du dégât le propriétaire de la digue » (1). Nous rencontrons ici, très nettement exprimé, le germe de la théorie des risques qui s'est developpée en droit musulman grâce à la théorie de l'abus des droits.

110. Sous une autre rubrique : Des canaux, des puits, des ruisseaux d'irrigation et du droit d'abreuvage (2), Abou Yousef dit : « Tu as demandé, ô Commandeur des croyants, ce qu'il doit advenir dans le cas où un canal creusé par le Oualy (Gouverneur), ou selon ses ordres ou par l'initiative privée, devient, à raison du niveau élevé de son eau, très gênant pour les propriétaires des maisons riveraines, à tel point que ces derniers ne peuvent plus, à cause de l'eau, entrer dans leur maison qu'avec peine. Le juge, si l'affaire est portée devant lui, aura-t-il le droit de permettre aux propriétaires des maisons riveraines de détruire ce canal ? (3) A cela je réponds : Si le canal est

(1) *Kitab Al Kharadj*, page 53.
(2) *L. C.*
(3) *Kitab Al Kharadj*, page 53.

ancien, on doit le laisser subsister. S'il est de construction récente et qu'il aît été creusé avec l'autorisation d'un Oualy ou sur l'initiative d'un simple particulier, on doit peser son utilité, d'une part, et le préjudice qu'il cause, d'autre part. Si son utilité l'emporte sur les inconvénients qu'il entraîne, on ne doit pas y toucher. Si le préjudice qu'il cause l'emporte sur son utilité, on doit ordonner sa destruction. Tout canal dont l'utilité est plus importante que le préjudice qu'il occasionne doit être maintenu, et tout canal qui entraîne un préjudice plus important que l'utilité qu'il présente doit être comblé, à moins, cependant, que ce canal ne soit creusé pour amener l'eau nécessaire à l'alimentation. Dans ce cas, s'il nuit aux uns et profite à ceux qui s'y abreuvent, on doit le laisser subsister, et si ceux auxquels il porte préjudice viennent à le combler, ils doivent être contraints de le remettre dans l'état où il était tout d'abord, et cela parce que le canal qui sert à l'alimentation est tout différent de celui qui sert à l'irrigation. »

« Le besoin d'alimenter les hommes en eau est à nos yeux beaucoup plus important que celui d'irriguer un champ » (1). On voit apparaître ici la nécessité, lorsque plusieurs intérêts légitimes sont en présence, de pourvoir à celui qui présente le plus d'utilité ou, en d'autres termes, dans le conflit de deux intérêts, la nécessité de sacrifier le plus faible au plus fort.

C'est là une des idées originales que nous avons rencontrées dans le « Kitab Al Kharadj » et qu'il nous a paru intéressant de noter, car elle contient, en germe, le principe sur lequel repose, en Europe, toute la théorie de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

(1) *Kitab Al Kharadj*, p. 54.

111. Nous arrivons ainsi à l'exposé des solutions qui renferment ce principe que « nul ne peut user de son droit dans l'intention de nuire aux tiers. » Nous allons voir ici quelle importance Abou Yousef accorde au facteur intentionnel. Pour lui, comme pour notre éminent maître, M. Josserand, il ne faut pas que « le propriétaire *soit* un souverain qui, retranché dans sa chose comme dans une forteresse, agit sans contrôle et auquel on ne songe même pas à demander compte du mobile de ses actes »; il ne faut pas que, profitant des prérogatives que lui concède son titre de propriété, un homme puisse agir dans l'intention d'importuner autrui. Cette idée ressort clairement du passage suivant :

« Tu as demandé, ô Commandeur des croyants, comment il faut juger lorsqu'un homme ayant creusé un canal privé pour servir à l'irrigation de son champ, de ses dattiers et de ses arbres, il arrive que ce canal déborde et que l'eau s'en écoule sur son propre terrain et inonde la propriété du voisin. Le propriétaire du canal est-il tenu de réparer les dégâts causés au voisin ? (1) Je réponds à cette question : Le propriétaire du canal ne sera pas responsable si l'accident vient à se produire sur son terrain. Il en sera de même dans le cas où les terrains voisins auront été envahis et leur récoltes compromises par des infiltrations résultant de l'arrosage de son champ par un propriétaire. Les propriétaires des champs inondés n'avaient, en effet, qu'à prendre leurs précautions pour qu'une pareille éventualité ne puisse les atteindre. Mais, il n'est pas permis à une personne d'arroser son champ dans le seul but d'inonder, par les infiltrations, les ter-

(1) *Kitab Al Kharadj*, p. 56.

rains voisins, afin de détruire leurs récoltes et de porter préjudice à leurs propriétaires, car le Prophète a prescrit qu'on doit s'abstenir de porter préjudice à autrui, en disant : Maudit soit celui qui cause un préjudice à un musulman ou à un autre (c'est-à-dire à un non musulman). S'il est découvert que le propriétaire d'un canal veut en faire couler l'eau sur son champ dans le seul but de porter préjudice à ses voisins, et si cela est démontré, on doit l'empêcher d'accomplir cet acte dommageable ». (1)

112. Dans le même ordre d'idées, afin de prévenir le cas où une personne viendrait à creuser un puits à côté d'un autre dans le but de târir ce dernier, Abou Yousef a règlementé le forage des puits d'une manière telle qu'il a rendu la réalisation d'un pareil acte à peu près impossible. C'est ainsi qu'il nous dit : « Tu as demandé, ô Commandeur des croyants, quelle est la distance qui doit séparer un puits qu'on veut creuser sur un terrain mort (inculte), d'un puits déjà existant ? A cela, je réponds : Si un homme creuse un puits dans un terrain qui n'appartient à personne, il deviendra le propriétaire de tout le champ environnant le puits dans un rayon de 40 zira' (2), dans le cas où le puits est destiné à l'abreuvage ; et dans un rayon de 60 zira', dans le cas où il est destiné à l'irrigation d'un terrain. S'il s'agit d'une source, cette attribution atteint un rayon de 500 zira'. Dès lors, personne n'aura le droit de creuser un autre puits dans le rayon ainsi déterminé et, si cette prohibition n'est pas observée, le propriétaire du premier puits aura la faculté de démolir les travaux entrepris par celui qui méconnait son droit et

(1) *Kitab Al Kharadj*, p. 56.

(2) Le zira' correspond à 0m75.

de le poursuivre pour les dégâts que ces travaux lui auront causés. »

« Cependant, ces limitations ne doivent pas être appliquées dans toute leur rigueur, dit-il, et l'on ne doit donc pas interdire qu'on creuse un puits dans le cas où son forage n'est pas de nature à porter préjudice au puits antérieurement creusé : par exemple, si la quantité d'eau que donne un puits est tellement abondante que cette eau se répand à la surface du terrain qui l'entoure. Dans ce cas, on ne doit pas observer les limites dans lesquelles il est interdit de creuser un puits » (1).

On voit, par ce dernier passage, le souci d'Abou Yousef d'empêcher les hommes d'abuser du droit qui leur est reconnu de s'approprier un terrain libre en y creusant un puits.

Prévoyant les abus qui pourraient résulter de l'exercice de ce droit et le préjudice que ces abus pourraient porter à des droits acquis antérieurement par d'autres, il n'a pas craint de limiter, d'une manière objective, l'exercice de ce droit. Lorsque, au contraire, cet exercice ne saurait entraîner aucun inconvénient, l'auteur de « Kitab Al Kharadj » reconnait lui-même qu'il n'est pas utile de le prohiber.

Nous avons ainsi déterminé la place que Abou Hanifah et ses élèves et amis accordent à la théorie de l'abus des droits. Pour que l'exercice d'un droit soit valable, *il faut, d'après eux, que cet exercice soit conforme au but pour lequel ce droit est accordé.* Il faut, en second lieu, que *cet exercice ne se produise pas d'une manière rigoureuse.* Il faut enfin *qu'il n'ait pas pour but de nuire à autrui.*

---

(1) *Kitab Al Kharadj*, p. 58.

SECTION II

Le représentant de la tendance absolutiste

113. Il résulte, de l'exposé que nous venons de présenter dans la première section, que deux, au moins, d'entre les fondateurs des rites ou Madhahib, Malek et Hanifah, se classent parmi les partisans plus ou moins résolus d'une application extensive de la doctrine de l'abus des droits. Quant à Ah'mad Ibn Hanbal, il nous a été impossible de déterminer la position prise par lui en cette matière. Il ne nous est parvenu de lui que son *Mosnad* qui est un livre de traditions et non pas d'exposition pratique du *fiqh*. L'examen des h'adits qu'il a accueillis dans son recueil, et groupés en classant côte à côte ceux qui ont été rapportés par le même premier garant — ce qui n'en facilite pas le maniement — ne nous a permis de dégager aucune induction précise sur la question de savoir s'il a été favorable ou hostile au développement de la notion de l'abus des droits. Il nous semble probable qu'il a dû se préoccuper assez peu de ces questions de pratique judiciaire.

Les tendances hostiles à l'extension du concept de l'abus des droits ne comptent donc, parmi les fondateurs de Madhahib, qu'un seul représentant certain, Al Chafe'y.

D'après Al Chafe'y, c'est à la seule apparence qu'il faut s'adresser pour juger de la licéité ou, au contraire, de l'illicéité de l'usage qu'un homme fait de ses droits. Alors que nous avons vu les partisans de la tendance moralisatrice et tempérée rechercher au fond des actes l'intention qui les a provoqués et juger ces actes d'après cette intention, nous allons voir Al Chafe'y réagir délibérément contre cette conception.

Les deux idées directrices qui caractérisent sa méthode sont :

1° Chacun est maitre d'user de son droit comme bon lui semble;

2° Le juge ne doit pas rechercher le mobile auquel un homme a obéi en agissant. Il doit se prononcer uniquement d'après l'apparence de l'acte qui lui est soumis.

Première idée directrice

114. A l'encontre de Malek, d'Abou Hanifah et de leurs disciples, Al Chafe'y est parti de ce principe que le titulaire d'un droit peut exercer ce droit d'une manière absolue, quelles que soient pour les tiers les conséquences qui peuvent résulter de ce fait.

Même lorsqu'un individu peut exercer ses droits de diverses manières, peu importe, pour Al Chafe'y, qu'il ait choisi celle qui causera le plus de préjudices; peu importe que son acte ne lui procure aucun avantage; peu importe encore qu'en agissant ainsi il se fasse tort à lui-même.

115. Ces idées ressortent nettement de la partie de son ouvrage, *Kitab Al Omm*, consacrée à la matière de l'usurpation, où il traite des droits respectifs du propriétaire et de l'usurpateur. Al Chafe'y y dit, en effet : « L'usurpateur doit rendre la chose qu'il s'est appropriée dans l'état où elle était au jour de l'usurpation et peut détruire ou enlever tout ce qu'il avait construit ou planté sur la chose, même s'il ne doit résulter de cette destruction ou de cet enlèvement aucun profit pour lui (1). C'est ainsi, dit-il, que dans le cas où l'usurpateur avait creusé un puits ou un canal sur le terrain usurpé, il a le droit de les combler

(1) *Al Omm*, édition de l'Imprimerie Nationale de Boulaq (Le Caire), 1325, t. III, p. 222.

au moment de la restitution du terrain, même si cette opération ne peut lui être d'aucun profit ».

« De même, si l'usurpateur d'une maison en a tapissé richement les murs, il a le droit d'enlever ces ornements, même si, une fois enlevés, ils ne peuvent lui être d'aucune utilité » (1).

« Car, dit Al Chafe'y, on ne peut exiger de l'usurpateur qu'il abandonne ce qui lui appartient réellement pour en faire profiter le propriétaire, de même qu'on ne peut contraindre ce dernier à renoncer à rien de sa propriété pour en faire profiter l'usurpateur. Quant à ceux qui m'opposent à ces solutions la tradition : *(Il ne faut pas causer) de préjudice (ni accomplir) des actes dommageables,* je leur réponds que c'est là une de ces formules qu'on ne peut interprèter d'une manière sans avoir la possibilité de les interprèter d'une autre. Pour moi, dit-il, je l'interprète en ce sens que *(ni préjudice)* signifie que l'on ne doit pas faire supporter au bien d'une personne ce que cette personne ne doit pas supporter, et que *(ni accomplir) des actes dommageables* signifie qu'on ne doit pas empêcher une personne de prendre ce qui lui appartient, car chacun doit ce qu'il doit et a ce qu'il a » (2).

« A ceux qui me disent : Etablissez-nous relativement aux biens des hommes, des principes en parfaite harmonie avec leur intérêt, et interdisez-leur d'exercer leurs droits à l'encontre de leur intérêt ; je réponds : Quelle plaisanterie! Avez-vous vu qu'un homme possédant une infime parcelle de terrain, qui ne vaut qu'un dinar ou deux, perdue au milieu des champs d'un riche, soit

---

(1) *Al Omm*, t. III, p. 222.

(2) *Al Omm*, t. III, p. 222.

obligé de céder à ce dernier un passage sur son terrain, alors même que ce riche lui offrirait tout ce qu'il désire? Peut-on l'obliger à céder ce qui ne lui rapporte rien en échange de ce qui l'enrichit? Avez-vous vu qu'un homme, propriétaire d'une esclave aveugle, qui ne lui rend aucun service, et à qui le fils de cette dernière vient offrir un trésor pour qu'il lui rende sa mère, soit obligé de céder son esclave? Vous répondrez sûrement : non. Si donc on ne peut obliger l'un de ces hommes à faire ce qui lui est profitable, même s'il reconnait que son refus est contraire à son propre intérêt et avoue qu'il agit ainsi pour gêner celui qui le sollicite, parce que cet homme en refusant ne fait qu'exercer son droit, il doit en être de même quand il s'agit de celui qui creuse un puits sur le terrain d'autrui ou qui apporte des ornements à la maison qu'il a usurpée, et qui veut combler ce puits ou enlever ces ornements, car il ne fait qu'exercer son droit » (1).

116. En partant du même point de vue, Al Chafe'y donne au propriétaire le droit de reprendre sa chose telle qu'elle était au jour de l'usurpation et de refuser toute compensation à sa place, même si la restitution de la chose doit être excessivement dommageable à l'usurpateur et si cette chose, une fois qu'elle lui est remise, ne doit lui être d'aucune utilité.

C'est ainsi que Al Chafe'y nous dit : « Si l'usurpateur a enlevé du champ, qu'il s'est approprié, une couche de terre pour le niveler et le rendre plus facilement exploitable, et si, grâce à cette entreprise, le champ devient plus fertile, le propriétaire aura toujours le droit de contraindre l'usurpateur à remettre à sa place la couche

(1) *Al Omm*, t. III, p. 222.

de terre qu'il avait enlevée. Il a le droit de reprendre sa chose telle qu'elle était, et ce droit doit lui être accordé sans discuter, que ses exigences soient conformes à son intérêt ou non » (1).

« De même, celui qui s'est approprié une poutre appartenant à autrui pour l'employer à la construction de son mur, peut être contraint de démolir le mur pour rendre la poutre à son véritable propriétaire » (2).

« Celui qui s'est confectionné une robe avec le fil d'autrui peut être obligé de défaire sa robe et de rendre le fil, alors même que ce fil ne pourrait plus ensuite être utilisé par le propriétaire. »

Chafe'y admettait seulement une exception à cette règle dans le cas où l'usurpateur s'était servi du fil pour recoudre les blessures de son esclave ou de ses animaux. Dans ce cas, Al Chafe'y admettait que le propriétaire ne peut pas réclamer le fil lui-même, mais son prix, et cela parce que « en enlevant le fil on inflige de la souffrance à l'esclave ou aux animaux, ce que Dieu nous a interdit de faire » (3).

Ce qu'Al Chafe'y condamne ici, ce n'est pas l'usage abusif d'un droit : ce sont les conséquences délictuelles qui en résultent.

En cette matière, la tendance absolutiste d'Al Chafe'y n'a pas eu grand succès auprès des juristes musulmans, même auprès de ses disciples directs. Elle a été, notamment, critiquée par son élève immédiat, Al Mozany, qui nous dit, au sujet de ces solutions proposées par Al

(1) *Al Omm*, t. III, p. 222.
(2) *Al Omm*, t. III, p. 223.
(3) *Al Omm*, t. III, p. 227-228.

Chafe'y, qu'une solution contraire est préférable et qu'il ne faut pas donner au propriétaire le droit de contraindre l'usurpateur à rapporter la terre qu'il a enlevée pour améliorer le champ, ni à l'usurpateur qui a creusé un puits, le droit de le combler dans le cas où il n'a pas été construit en maçonnerie. « Car, dit Al Mozany, c'est là une perte inutile d'argent et de travail pour lui, et son acte est, de plus, dommageable aux tiers. » Al Mozany qui, d'ordinaire, suit fidèlement les idées professées par Al Chafe'y, a reconnu ici qu'on ne doit pas se servir de son droit dans le cas où on nuit aux tiers sans en retirer aucun bénéfice. C'est là une idée que nous avons trouvée chez Abou Yousef, et qui montre bien qu'il est difficile d'appliquer dans toute leur rigueur les principes d'Al Chafe'y puisque son premier élève lui-même s'y est refusé.

Seconde idée directrice

117. Le principe que l'on doit juger les actes sur l'apparence se trouve développé dans « Al Omm » lorsqu'Al Chafe'y traite de l'influence de l'intention des hommes sur leurs actes. Pour lui, il est impossible à un homme de savoir exactement à quel motif un autre homme obéit quand il agit. C'est pourquoi il refuse au juge le droit de rechercher cette intention des parties : « Dieu a seul le don, dit-il, de scruter les intentions humaines, et s'est réservé le droit de les punir quand elles sont mauvaises. Il n'a délégué aux hommes que le droit de juger sur l'apparence » (2), et Al Chafe'y applique ce principe à tous les actes accomplis par les hommes.

---

(1) *Mokhtaçar,* **Al Mozany,** sur la marge d'*Al Omm*, t. III, p. 40-41.

(2) *Al Omm,* t. VI, p. 199.

Dans la matière du contrat, Al Chafe'y dit : « La base que je prends pour point de départ est la suivante : lorsqu'un acte est valable en apparence, je ne l'annule pas pour un soupçon ou une habitude des contractants ; une convention qui est valable en apparence, je la tiens pour valable à raison de sa validité apparente, bien que je condamne chez les contractants leur intention, lorsque cette intention serait de nature à vicier le contrat, *si elle y était visible* » (1).

« C'est ainsi, affirme-t-il, que lorsqu'un homme contracte un mariage, valable en apparence, avec l'intention de n'approcher sa femme que pendant un jour, je n'annule pas le mariage, malgré l'intention condamnable de l'époux, mais je l'annulerais si une condition formelle, nécessaire pour sa validité, faisait défaut » (2).

Al Chafe'y maintient ce principe même dans le cas où les circonstances qui ont entouré le contrat ne laissent pas de doute sur le mobile frauduleux qui a déterminé le contractant. « L'achat, la vente, l'affranchissement, l'aveu d'un homme ainsi que le payement qu'il fait à quelques-uns de ses créanciers de préférence aux autres sont valables, dit-il, qu'il soit failli ou non (c'est-à-dire que son passif dépasse son actif ou non), que ces opérations aient lieu avant ou après la poursuite exercée contre lui par ses créanciers ; car ces circonstances n'ont aucune influence sur la validité de ces opérations. Ces dernières ne sont annulables que si elles ont été accomplies par le débiteur après qu'il a été déclaré en faillite par le juge et après que ce dernier a proclamé, en public, que le débiteur est

(1) *Al Omm*, t. III, p. 65.

(2) *Al Omm*, t. III, p. 65.

désormais dessaisi de ses biens et qu'il n'a plus le droit de les administrer, d'en disposer ou de les détruire » (1).

« A partir de cette déclaration publique, le débiteur n'aura plus le droit de vendre, ni de donner, ni de détruire rien de ses biens » (2).

On voit par ce passage d'Al Chafe'y, à quel point cet auteur a fait table rase du rôle du mobile déterminant dans le contrat. On ne peut pas soutenir, en effet, que celui qui fait une donation, alors qu'il est déjà poursuivi par ses créanciers, n'a pas eu l'intention de leur nuire.

Or, en appliquant strictement l'opinion d'Al Chafe'y, le créancier lésé n'aura à sa disposition aucun moyen de défense, à la seule condition toutefois que la donation faite dans ces circonstances soit valable quant à sa forme.

Al Chafe'y a persisté dans l'application de ce principe même dans les cas où le Qorân a soumis la légitimité de l'exercice d'un droit à l'honnêteté de l'intention du titulaire de ce droit.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne le verset 231 de *Sourah* II, relatif à la matière de la répudiation, et que nous avons analysé dans le chapitre précédent, Al Chafe'y l'invoque pour décider que celui qui vient de répudier sa femme a le droit de reprendre la vie conjugale avec elle pendant tout le délai de viduité à elle imposé par le Qorân.

Quant à la condition subjective que ce verset impose à celui qui veut reprendre sa femme répudiée, il se borne à dire que, d'après les savants commentateurs, ce verset a pour but d'interdire au mari de reprendre la vie

(1) *Al Omm*, t. III, p. 186.

(2) *L. C.*

conjugale pour nuire à la femme qu'il vient de répudier. Mais il ne donne pas son opinion personnelle (1).

Conséquent avec lui-même, l'auteur d'*Al Omm* n'a pas voulu ici encore donner au juge le droit de rechercher et de punir les intentions que Dieu seul peut connaître, et que seul il s'est réservé le droit de réprimer.

III. — *Part faite par Chafe'y à la notion de l'abus du droit.*

118. Malgré tout, Al Chafe'y, devant certaines traditions dont la clarté s'impose à tous les esprits, a été contraint, cependant, d'accepter des solutions, qui ne sont que des applications de la théorie que nous exposons, notamment en ce qui concerne l'action dite vexatoire, la puissance paternelle, la répudiation et certains conflits nés du voisinage.

a) Pour le droit de poursuite judiciaire, Al Chafe'y nous dit : « Quand deux personnes recourent à la justice pour régler un différend, si le juge s'aperçoit que l'une d'elles est entêtée dans ses prétentions et se refuse obstinément à accepter toute transaction, il a le droit de réprimander cette dernière, et, si la réprimande reste sans effet, le juge peut ordonner que le plaideur entêté soit fouetté et même jeté en prison, si cela est nécessaire » (2).

Toujours dans la même matière, en ce qui concerne le droit de poursuite reconnu au créancier contre son débiteur, Al Chafe'y déclare : « S'il est prouvé par témoins ou par son propre aveu que le débiteur doit la somme pour le payement de laquelle il est poursuivi, le juge doit

(1) *Al Omm*, t. V, p. 224.

(2) *Al Omm*, t. V, p. 201.

ordonner la vente de ses biens apparents et ne doit pas le jeter en prison. Mais, si le débiteur dissimule les biens qu'il possède, le juge doit le faire emprisonner et vendre tout ce qu'il est possible de découvrir de ses biens. Si le débiteur prouve qu'il ne possède rien pour désintéresser ses créanciers, le juge doit le remettre en liberté et renvoyer la poursuite jusqu'au jour où il sera dans une situation meilleure, car, Dieu dit : « Si le débiteur est dans la gêne, attendez qu'il soit à son aise. » Dès que cette preuve est faite, les créanciers se trouvent dans l'impossibilité de poursuivre, à moins qu'ils ne prouvent que, depuis ce moment, leur débiteur a acquis de nouveaux biens; parce que, ajoute Al Chafe'y, l'emprisonnement du débiteur n'a d'autre but que de l'astreindre à indiquer ce qu'il possède. Dès lors, s'il est prouvé qu'il ne possède rien, ce moyen d'intimidation n'aura plus de raison d'être » (1).

N'est-ce pas là une condamnation bien nette de l'exercice abusif des actions? Ne trouvons-nous pas là également une atteinte à ce principe posé par Al Chafe'y lui-même que chacun peut exercer son droit dans toute sa rigueur?

119. *b)* Dans la matière de la puissance paternelle, Al Chafe'y soutient que la fille, même majeure, ne peut se marier qu'avec le consentement du Oualy. Cependant, si un désaccord survient entre le Oualy et la fille, relativement à son mariage, cette dernière a le droit de faire appel à la justice. Si le juge acquiert la certitude que le refus du Oualy est dénué de motif légitime, il doit lui ordonner de donner son consentement. Si ce dernier

(1) *Al Omm*, t. III, p. 189.

obéit et donne son consentement, ce sera son droit qu'il exercera. Si le Oualy persiste dans son refus, ce sera un de ses droits qu'il ne voudra pas exercer. Dans ce dernier cas, le juge aura le pouvoir de marier la jeune fille et de passer outre au consentement du Oualy (1).

Qu'est-ce à dire, sinon que, dans le cas où le Oualy abuse du droit qui lui est reconnu, l'exercice de ce droit cesse d'être légitime? Certes, Al Chafe'y dit bien que c'est simplement un droit que le Oualy refuse d'exercer, mais du moment où le juge peut se substituer au Oualy, de l'avis même d'Al Chafe'y, cela prouve bien qu'on ne peut pas user de son droit d'une manière absolue.

120. *c)* Nous trouvons encore chez Al Chafe'y une application intéressante de l'abus des droits en ce qui concerne la répudiation. Sous la rubrique : « De ce que le tuteur doit faire des biens du pupille », il écrit : « Le tuteur doit... faire marier l'orphelin quand il a atteint l'âge de la puberté. Mais, si le pupille use trop souvent de son droit de répudier, le tuteur ne doit plus le remarier. » Ici nous trouvons une sanction à l'usage abusif d'un droit, proposée par Al Chafe'y lui-même.

121. *d)* Dans la matière des droits immobiliers, Al Chafe'y, devant la clarté de la tradition suivante : « Il ne faut pas empêcher ton voisin d'appuyer une poutre sur ton mur », et devant deux décisions de Omar Ibn Al Khat't'ab (2), a

(1) *Al Omm*, t. V, p. 11.

(2) Ces deux décisions de Omar Ibn Al Khat't'ab (deuxième Khalife après le Prophète) ne sont que l'application par analogie de cette tradition.

La première de ces décisions s'est formée dans les circonstances suivantes : « Al D'ahak Ibn Khalifah, désireux de relier sa propriété à la source d'Al Orayd (source à côté de Médine) entreprit de creuser un canal. Pour amener l'eau de la source dans son terrain, il lui fallait

été obligé de faire encore une concession à notre théorie et de déclarer qu'il n'est pas permis au propriétaire de refuser sur son bien une tolérance qui ne peut pas lui être préjudiciable.

De l'étude à laquelle nous venons de nous livrer, il résulte qu'Al Chafe'y s'est constamment inspiré dans son œuvre des deux principes formulés au début de cette section :

1° Toute personne peut exercer discrétionnairement son droit, même s'il doit en résulter un préjudice excessif

---

traverser la propriété de son voisin Mohammad Ibn Maslimah. Ce dernier lui refusa le droit de faire traverser son bien par le canal. Al D'ahak lui dit : Pourquoi me refuses-tu la faculté de faire une chose qui te sera aussi profitable qu'à moi-même ? Le jour où le canal sera creusé, non seulement il ne te causera aucun préjudice, mais il te servira encore à irriguer ton champ. Mohammad s'obstina dans son refus. Al D'ahak porta alors l'affaire devant Omar Ibn Al Khat't'ab, qui appela immédiatement Mohammad devant lui et lui ordonna de laisser Al D'ahak construire le canal. — Mohammad répondit : « Non ». — Omar lui répliqua sur le champ : « Pourquoi refuses-tu d'accorder à ton frère ce qui lui est nécessaire ; cela ne te causera aucun dommage, mais te permettra, au contraire, d'arroser ta propriété ». — Mohammad répondit : « Je jure sur le nom de Dieu que je ne le laisserai pas passer ». — Omar reprit alors : « Je jure sur le nom de Dieu que le canal passera, fut-ce même sur ton ventre ». Et le canal fut, en effet, creusé comme le demandait Al D'ahak.

La deuxième décision se rapporte à un fait analogue : Un canal appartenait à Abd Al Rahman Ibn'Of, qui longeait la maison d'Abou Al Hassan. Abd Al Rahman eut l'idée de modifier le cours de ce canal en en diminuant la longueur. Pour arriver à ce résultat, il lui était nécessaire d'éloigner le canal du mur de la demeure d'Abou Al Hassan, tout en passant, comme auparavant, sur la propriété de ce dernier. Abou Al Hassan refusant de consentir à ces modifications, l'affaire fut portée devant Omar qui ordonna à Abou Al Hassan de céder aux instances de son voisin en appliquant à ce cas la tradition que nous signalons.

Ces deux décisions ont été reproduites par Al Chafe'y dans son livre *Al Omm,* t. VII, p. 214.

pour les tiers, à la seule condition qu'elle n'excède pas le contenu de ce droit;

2° Le juge ne doit juger que sur l'apparence. Il n'est pas qualifié pour rechercher au fond des consciences humaines les mobiles sous l'impulsion desquels les hommes agissent.

Mais, malgré tout, Al Chafe'y a reconnu lui aussi la nécessité d'admettre, dans certains cas, une limite à l'exercice des droits.

Les concessions que le souci de respecter non seulement la lettre, mais l'esprit des dispositions impératives du Qôran et de la tradition a imposées à celui-là même de nos grands juriconsultes dont l'esprit a été le plus profondément dominé par la préoccupation d'assurer la stabilité absolue des relations juridiques et d'écarter les recherches subjectives d'intention, suffisent à montrer combien la notion de l'abus des droits est liée à l'âme même de la jurisprudence musulmane.

CHAPITRE III

L'influence conciliatrice et l'apport doctrinal des théologiens moralistes du Ve au VIIIe siècle.

122. Les divergences de vues nées entre les fondateurs de rites au sujet des principes et des notions destinées à entrer dans la composition définitive de la théorie de l'abus des droits, quoique déjà un peu moins accusées, comme nous venons de le voir, chez les premiers élèves que chez les maîtres, paraissent avoir subsisté entre leurs écoles, sans atténuations vraiment sensibles, pendant les IIIe et IVe siècles de l'Hégire et la première moitié du Ve siècle. En revanche, pendant la période qui s'étend

depuis le milieu du Ve siècle jusque vers le milieu du VIIIe siècle de l'ère musulmane, le rapprochement final des doctrines s'est déjà préparé par l'action persévérante de deux catégories de savants : 1° Les commentateurs du Qorân et 2° les théologiens moralistes.

Les passages du Qorân qui constituent les principaux textes justificatifs de la théorie de l'abus des droits ont, sans doute, bien avant notre période, attiré l'attention des interprètes du livre saint et notamment du grand historien arabe, Abou Dja'afar Al T'abary (né en 244/838, mort en 310/923) dont j'ai largement utilisé les commentaires dans le chapitre I de cette seconde partie de mon étude. Mais si le *tafsir* de T'abary est une source historique de premier ordre; si, avant même d'être largement propagé par la voie de l'impression, il a pu fournir à des écrivains comme M. Robertson Smith, (1) une notable partie des éléments de leur travail de reconstitution des institutions arabes préislamiques; si j'y ai moi-même puisé des renseignements précieux pour la compréhension de passages du Qorân qui font allusion à des usages du temps de la *Djahiliah*, nous ne devons nous dissimuler, toutefois, que l'œuvre d'interprétation, même d'un T'abary, n'a eu qu'une influence passagère sur la théologie et la jurisprudence musulmanes et que tous les travaux antérieurs ont été éclipsés, et en quelque sorte périmés, par l'autorité grandissante de deux commentateurs qui ont fixé toutes les lignes importantes de l'interprétation coranique : Al Zamakhchary, philologue, fin lettré et moraliste, né en 467/1074, mort en 538/1143, dont le *Kachchaf* est resté la base de l'interprétation philolo-

(1) *Kinship and marriage in early arabia*, 2e édition, p. 104 et s.

gique du Qorân (1) et Al Baïdaouy, mort, d'après les indications de date les plus vraisemblables, en 685/1286 (2), dont l'œuvre, d'une orthodoxie particulièrement sûre, est devenue la glose préférée du Qorân.

Nous avons constaté dans la seconde section du chapitre consacré à l'étude du Qorân que les commentaires de Zamakhchary et de Baïdaouy sur les versets qui contiennent les germes de la doctrine de l'abus des droits sont inspirés de tendances aussi libérales et aussi extensives que celles qui animent Malek lui-même. Ce n'est point ici le lieu de revenir sur ces interprétations qui ne peuvent pas, sans risquer de devenir incompréhensibles, être séparées des textes interprétés et qui, d'ailleurs, ont reçu antérieurement les développements qu'elles comportaient. Il me suffira de noter, en ce moment, l'influence conciliatrice qu'elles ont exercé, pendant notre période, sur les doctrines des écoles de *fiqh*, grâce au prestige que les auteurs des commentaires en question ont conquis dans tout l'ensemble de l'islam sonnite et non pas seulement dans le cercle limité des adhérents de tel ou tel rite. Cette réaction pacificatrice de l'interprétation coranique sur la doctrine juridique, est surtout devenue sensible sous l'impulsion de Baïdaouy qui, appartenant à l'école Chafe'ite et apparaissant comme un des représentants du rite les plus dignes d'imitation au point de vue de la correction de la vie religieuse, a pu contribuer, par son influence personnelle, à tempérer, au sein de la *Madhhab*,

---

(1) C. Brokelmann, I, p. 289-293 et Barbier de Meynard dans *Journal de la Société asiatique*, 1875, II, p. 314. Cf. Huart, *Littérature*, p. 166.

(2) Sur les raisons qui conduisent à préférer cette date aux dates postérieures qu'indiquent certaines sources : Brockelmann, I, p. 416. Cf. Huart, *Littérature*, p. 260.

les tendances hostiles au développement de l'abus des droits que le fondateur du rite avait transmises à ses disciples.

123. Le travail de rapprochement entre les rites, dû à l'action des commentateurs classiques du Qorân, a été largement secondé dans notre période par la coopération de théologiens moralistes qui se sont attachés avec une attention soutenue, et parfois avec une rare finesse et une grande pénétration d'analyse psychologique, à définir et préciser les règles de conduite sociale et de morale juridique dont la doctrine de l'abus des droits est la mise en œuvre et la résultante. En même temps, qu'ils ont préparé par leurs œuvres de philosophie morale et juridique, le triomphe final de la conception relativiste du droit individuel sur la conception absolutiste, ces penseurs ont mis aussi en circulation quelques idées générales, quelques formules théoriques qui donneront, aux jurisconsultes des siècles postérieurs, les moyens de grouper, d'expliquer et de féconder par de nouvelles applications, les nombreuses décisions d'espèce favorables à la distinction de l'usage et de l'abus du droit qu'avaient amassées Malek, Abou Hanifah et leurs disciples.

Parmi les théologiens moralistes, il en est deux surtout — ce sont les seuls sur lesquels je m'arrêterai — qui, par la propagation de leurs conceptions personnelles de la morale juridique, me paraissent avoir eu une action, non seulement importante, mais décisive sur la conception finale de la doctrine musulmane de l'abus des droits : Al Ghazaly et Al Djaouazïah.

J'expose dans deux paragraphes successifs quelle a été la part contributive apportée par chacun d'eux à l'édi-

fice collectif, et dans un troisième je montrerai quels ont été les résultats pratiques de leur travail d'harmonistique.

Al Ghazaly et la notion de destination sociale des droits

124. Je n'ai pas besoin de présenter au lecteur le savant de tout premier plan qu'est Al Ghazaly (né en 451/1059, mort en 505/1111. Il est peu de noms dans la littérature arabe qui soient plus répandus en Europe. Les études relatives à sa vie qui ont été publiées dans les collections de mémoires de grandes académies françaises ou allemandes et dans les revues techniques comme le *Journal of the american oriental society*, les traductions et les analyses en langues européennes dont quelques-uns de ses ouvrages ont formé l'objet (1), l'ont suffisamment fait connaître dans les milieux scientifiques, même en dehors du cercle limité des Orientalistes. Les directions essentielles de son œuvre théologique ont même été rendues accessibles au grand public français par le livre qui a été consacré à Ghazaly par M. Carra de Vaux dans une publication à tendances vulgarisatrices, la collection des grands philosophes éditée par Alcan.

Il me suffira donc de rappeler, sans qu'il y ait lieu d'insister, que Ghazaly a conquis chez nous une autorité religieuse et une vénération qui ne le cèdent en rien à celles dont jouissent les fondateurs de rites eux-mêmes; que nous avons pris l'habitude de l'appeler *Hodjdjet al islam* (le soutien, l'argument décisif de l'islam), sans qu'il soit necessaire de faire suivre ce surnom d'aucune désignation

(1) Sur ces travaux et ces traductions, Cf. **Huart**, *Littérature*, p. 265. **Brockelmann**, I, p. 421-426. **Carra de Vaux**, *Ghazaly*, p. 40 et suivantes.

complémentaire pour permettre de l'identifier et que la place prépondérante qu'il a prise dans le mouvement général de nos sciences religieuses est assez bien caractérisé par une boutade du polygraphe Al Siout'y qui le présente par une formule un peu étrange comme le premier théologien de l'islam (1). C'est assez dire que les causes que Al Ghazaly a défendues et fait profiter de sa puissance d'argumentation, du prestige de son impeccable orthodoxie et de sa haute conscience morale, de la séduction de sa pensée et de la magie de son style, ont vu par là même, leurs chances de triomphe final s'accroître dans de notables proportions.

125. La théorie de l'abus des droits a été l'une de ces causes. Ghazaly s'en est fait le champion dans un livre qui n'a pas encore été l'objet d'une traduction d'ensemble en langue européenne (2), sans doute à raison de ses dimensions étendues, mais qui constitue cependant son œuvre maîtresse, *Ihïâ 'Oloum Al Din* (la renaissance des sciences religieuses).

Nous avons constaté, dans la première partie de cette étude, que le *fiqh* se compose de deux cercles concentriques de prescriptions, le cercle intérieur des observances imposées par la contrainte sociale et par l'intervention des tribunaux humains, le cercle extérieur des obligations sanctionnées uniquement par la menace de châtiments divins; le cercle du droit positif, le cercle de la morale religieuse, et que la doctrine dont nous reconstituons le développement historique se meut sur la frontière séparative de ces deux cercles de prescriptions. C'est

---

(1) Cf. **Goldziher**, *Muhammedanische Studien*, II, p. 106, note 4.

(2) Les analyses et les traductions partielles dont il a pu être l'objet, sont énumérées dans **Carra de Vaux**, *Ghazaly*, p. 49.

de l'extérieur, en se plaçant sur le terrain plus large de la philosophie morale, que Ghazaly a imprimé à la théorie juridique de l'abus des droits une impulsion, sans doute indirecte, mais qui n'en a pas moins été décisive. La haute conception des devoirs sociaux et du commerce juridique puisée dans une saine et pénétrante compréhension des enseignements prophétiques, que l'ascendant de Ghazaly a définitivement assise dans la conscience musulmane, a progressivement filtré du cercle enveloppant de la morale dans le cercle enveloppé de la jurisprudence pratique.

Je ne puis pas, bien entendu, m'attarder ici à décrire le cycle d'idées morales dans lequel Ghazaly a encadré sa conception de l'exercice légitime des droits individuels. Son œuvre éthique, faite de très précises analyses psychologiques et de délicates observations internes dues à un sens exceptionnellement vif de la vie intérieure et à une sensibilité de la conscience aussi affinée que pondérée, est vraiment trop fine et trop nuancée pour qu'il soit possible de la résumer en quelques lignes ou même en quelques pages. Je renvoie le lecteur à l'analyse qu'en a donnée M. Carra de Vaux dans le chapitre VI de son étude sur Ghazaly. Elle est assez fidèle dans ses grandes lignes, quoique l'exactitude des détails ait été parfois un peu compromise par la préoccupation qu'a M. Carra de Vaux, de tirer de ce chapitre quelques apparences d'arguments, en faveur d'un paradoxe qui rappelle étrangement les naïves légendes du moyen-âge sur le Virgile chrétien ou sur notre prophète Mohammad, cardinal romain, et qui prétend transformer le principal docteur de la philosophie morale islamique et le meilleur soutien de l'orthodoxie musulmane en un chrétien qui s'est ignoré lui-même

et qui a suivi, sans s'en douter, les enseignements de l'église romaine dans le domaine de l'éthique (1).

Ces soucis, d'ordre extra-scientifique, n'ont pas empêché M. Carra de Vaux de définir en excellents termes le rôle joué dans la philosophie morale de Ghazaly par la morale économique et de consacrer de très judicieuses pages à l'analyse du chapitre de l'Ihïâ (2) où le grand théologien examine dans quelle mesure et jusqu'à quelles limites la recherche des richesses de ce monde est bonne et légitime et par quelles voies le gain économique peut être obtenu d'une manière licite et honorable. C'est là, en effet, une des parties les plus fouillées de la doctrine éthique de Ghazaly. Elle lui a fourni l'occasion de développements d'une rare élévation sur le rôle moral et économique des contrats et de l'une des études les plus fines et les plus subtiles dont la théorie de la valeur ait jamais été l'objet.

126. Mais Ghazaly ne s'est pas borné à esquisser les grands traits d'une philosophie critique de l'activité économique légitime ; il est entré dans les menus détails de la construction d'une morale juridique. Il a été conduit ainsi à

(1) **Carra de Vaux**, *Ghazaly*, p. 132-146, et surtout p. 307-308 où l'auteur affirme que Ghazaly a emprunté au christianisme « un idéal moral qui ne pouvait être connu que par des voies surnaturelles ». Il est inutile de préciser le degré de valeur scientifique que peut présenter une affirmation de ce genre. Je ne puis voir dans ce curieux paradoxe que l'expression délicate de l'enthousiasme inspiré à l'auteur par l'œuvre morale de Ghazaly. L'admiration pour les grands hommes du dehors se traduit par des manifestations assez semblables chez le laïque et chez le propagandiste religieux : le premier l'exprime en demandant pour eux le titre de citoyens d'honneur de son pays ; le second en les érigeant en coreligionnaires honoraires.

(2) Livre III de la seconde partie, *Ihïâ* II, 39 et s. **Carra de Vaux**, p. 144 et s.

passer en revue les divers droits individuels reconnus, les principaux actes juridiques autorisés par la législation coranique, afin d'examiner pour chacun d'eux jusqu'à quel point et à quelles conditions, l'exercice peut en demeurer religieusement correct et conforme aux exigences de la morale. La poursuite de cet ordre de recherches l'a amené à réagir contre la conception extérioriste et absolutiste des droits vers laquelle s'était orienté Chafe'y et à développer, le plus possible, l'influence exercée sur la valeur des actes par l'intention qui les a motivés. Ghazaly compte pourtant parmi les adhérents du rite chafe'ite; il est en général assez imprégné des méthodes d'exposition scientifique du maître, pour que quelques-uns de ses biographes aient cru pouvoir l'appeler un second Chafe'y : autant de circonstances qui ont facilité l'implantation de ses doctrines morales dans l'intérieur de l'école chafe'ite et leur ont permis d'y contrebalancer les tendances personnelles du fondateur du rite.

Toutes les parties de l'*Ihïâ* qui traitent de la morale juridique sont dominées par une idée maîtresse. Les droits individuels, les actes juridiques n'ont pas été créés pour que l'homme en fasse un usage arbitraire et discrétionnaire. Chacun d'eux a été institué en vue d'une destination sociale bien déterminée, pour permettre d'atteindre un résultat économique, moral ou social, strictement précisé. Seules sont légitimes les formes d'exercice du droit qui restent conformes à cette destination. Doivent être condamnées comme immorales toutes celles qui tendent à détourner le droit de sa fonction sociale, à l'utiliser pour la réalisation d'autres fins que celles qu'il est normalement destiné à atteindre. Limitation nécessaire de la liberté d'exercice de chaque droit par l'obligation

d'en respecter la destination économique et juridique : tel est le dogme fondamental de la morale du droit chez Ghazaly, le *leitmotiv* qui reparait constamment sous la variété de ses développements et de ses considérations morales.

Je ne saurais songer à parcourir la série entière des applications données par Ghazaly à la notion de destination sociale des droits. Il faudrait, pour l'épuiser, passer en revue tous les chapitres du *fiqh*. Contentons-nous donc de quelques illustrations du principe, empruntées au mariage, à la répudiation, aux contrats, et aux rapports qui naissent du voisinage.

127 I. — Lorsqu'il traite du mariage, Ghazaly commence par définir l'utilité de cette institution. Il recommande ensuite aux hommes, conformément à de nombreux versets du Qorân, et à de non moins nombreuses traditions du Prophète, de se marier jeunes, considérant le mariage comme un impérieux devoir religieux et non comme une simple institution de droit civil. Il termine enfin son étude du mariage en recherchant le but social de cet acte et en affirmant que chacun doit, lorsqu'il se propose d'entrer en ménage, être désireux d'atteindre ce but. « Le mariage, conclut-il, a pour but essentiel la procréation et la précaution contre la débauche, et non le simple plaisir sexuel qui résulte de l'union de l'homme avec la femme convoitée. Il est bien vrai, dit-il, que si ce plaisir se confond avec le but essentiel du mariage, cette confusion constituera le mariage idéal. » Comme l'a dit, en effet, 'Omar Ibn Abd Al Aziz, si l'exercice d'un droit s'accompagne du plaisir de l'exercer, l'usage de ce droit sera parfait.

Mais il ne faut pas que l'appétit sexuel soit le seul

motif déterminant du mariage. Le mariage contracté dans de telles conditions cesserait d'être l'acte méritoire recommandé par la religion musulmane pour n'être plus qu'une simple joie terrestre (1).

128. II. — Quant à la répudiation, Al Ghazaly dit : « C'est un droit qui est reconnu aux hommes pour mettre fin au mariage dans le cas où la vie conjugale est devenue impossible, mais c'est un droit dont l'exercice est maudit par Dieu. »

« Il n'est permis de l'exercer que dans le cas où il ne lèse pas injustement la femme. En effet, ajoute-t-il, toutes les fois qu'on répudie une femme, on lui porte préjudice et il n'est pas permis de léser autrui, sans qu'il ait commis un crime ou sans qu'on y soit contraint par la nécessité. Dieu a dit : « Si les femmes vous obéissent, ne cherchez pas à leur nuire, » c'est-à-dire, déclare Al Ghazaly, « ne cherchez pas un prétexte pour les répudier. » La répudiation n'est légitime que dans le cas où elle est motivée par des faits tels que la désobéissance de la femme ou le manquement injustifié de respect à l'égard des parents du mari. » Il conseille aux hommes qui sont obligés par les circonstances, d'user de leur droit de répudiation, d'être très doux dans l'accomplissement de ce droit, et très généreux à l'égard des femmes répudiées (2).

129. III. — Dans l'étude des relations contractuelles, Al Ghazaly, après avoir exposé la raison d'être des contrats les plus importants : la vente, le louage, le prêt, la société, etc.., et déterminé leur but social, conclut de la manière suivante :

---

(1) **Al Ghazaly**, *Ihïâ 'Oloum Al Din*, édition de l'imprimerie Maïmanïah 1322, t. II, p. 14 à 25.

(2) **Ghazaly**, *Ihïâ 'Oloum Al Din*, t. II, p. 35-36.

« Pour le contrat, il arrive fréquemment qu'il soit considéré comme valable par tous ceux qui auront à l'apprécier et qu'il contienne cependant une lésion capable d'exposer le contractant à la colère de Dieu ». Il ajoute, qu'en parlant ainsi, il vise l'acte par lequel, sous des apparences licites, on lèse l'intérêt d'autrui. Cette lésion peut s'exercer de deux manières : elle peut être générale, c'est-à-dire atteindre toute la société, ou particulière, c'est-à-dire atteindre le seul contractant. Dans le cas d'accaparement de denrées, dans le but de hausser fictivement leur cours sur le marché, il s'agit d'une lésion qui atteint la société tout entière et qui appelle la malédiction de Dieu. Le Prophète dit, en effet : « Celui qui accapare les denrées alimentaires pendant quarante jours, même si, dans la suite, il les donne en aumône, est maudit » (1). Voilà un acte, dit Al Ghazaly, qui n'est que l'exercice légitime d'un droit, mais qui, à raison de la persécution générale qu'il occasionne, devient illicite.

« La lésion est particulière lorsqu'elle s'exerce sur le seul contractant et elle existe toutes les fois qu'un individu impose dans un contrat, à un autre individu, des conditions qu'il n'accepterait pas lui-même. Il ne faut pas, ajoute notre auteur, imposer à l'autre partie des obligations qu'elle n'accepte qu'à contre-cœur. On doit aimer pour son frère ce qu'on aime pour soi-même. Celui qui vend à son frère pour un diraham ce qu'il ne payerait que cinq daouaneq s'il l'achetait lui-même, ne se conforme pas aux préceptes de la morale religieuse » (2).

130. IV. — Dans la matière des rapports qui naissent du voisinage, Al Ghazaly fait preuve du même esprit de tolé-

(1) *L. C.*, t. II, p. 48.

(2) *L. C.*, t. II, p. 39-50.

rance. Il recommande, en effet, à chacun d'être très prévenant envers ses voisins et de ne rien faire qui puisse porter atteinte à la bonne harmonie qui préside à leurs relations. Il déclare que le voisinage fait naître des devoirs en vertu desquels on doit s'abstenir de tout ce qui peut nuire à son voisin. Il fonde son opinion à ce sujet sur les traditions suivantes du Prophète : « Celui qui croit en Dieu et à l'autre jour (à la vie future), doit faire du bien à son voisin. » « L'homme n'est un bon croyant que lorsqu'il met son voisin à l'abri des méfaits (lorsqu'il évite de lui nuire). » « Un jour, rapporte-t-il, on demandait au Prophète si telle femme qui jeûne toute la journée et veille la nuit pour prier, mais qui cherche à nuire à ses voisins, est une bonne croyante? — Le Prophète répondit : « Elle est vouée à l'enfer. »

Al Ghazaly proclame encore qu'il ne suffit pas d'éviter de nuire à ses voisins, mais qu'il faut encore s'imposer quelques sacrifices pour sauvegarder leurs intérêts.

« Nous ne devons pas, dit-il, interdire à un voisin d'appuyer une poutre contre notre mur, ni nous opposer à l'écoulement des eaux pluviales qui proviennent de chez lui, ni élever un mur pour le priver d'air. » Il conseille d'être charitable à l'égard du voisin et d'éviter d'accomplir des actes susceptibles de provoquer sa jalousie ou celle des siens. « Si vous apportez des fruits, ou bien faites-en part à vos voisins, ou bien rentrez-les chez vous sans qu'ils s'en aperçoivent. »

Al Ghazaly raconte qu'un jour Al Moudjaheb s'en fût chez Abd Allah Ibn 'Omar et arriva au moment où le domestique de ce dernier dépeçait un mouton. Abd Allah Ibn 'Omar dit à son esclave : « Aussitôt que tu auras terminé ta besogne, commence par couper un morceau

de ce mouton pour notre voisin israélite ». Il répéta même plusieurs fois cet ordre. Moudjahed, étonné, lui demanda pour quelle raison il agissait ainsi. Abd Allah Ibn 'Omar répliqua : « Le Prophète nous a tellement recommandé d'être charitables à l'égard de nos voisins que nous avons cru un moment qu'il leur donnerait un droit dans notre succession » (1).

Les principes moralisateurs d'Al Ghazaly, s'ils ne furent pas acceptés complètement par les juristes postérieurs — qui, se plaçant au point de vue de l'application judiciaire, n'ont pas pu suivre intégralement le programme tracé par Ghazaly pour la direction de la conscience individuelle — eurent du moins cette conséquence d'amener un rapprochement entre les diverses écoles juridiques, rapprochement provoqué par les conseils de douceur et de charité qu'Al Ghazaly préconise dans l'exercice des droits.

131. Ces applications pratiques de la doctrine d'Al Ghazaly suffisent, me semble-t-il, pour éclairer le sens et la portée du principe directeur que cet écrivain a placé à la base de son système de morale juridique, du principe en vertu duquel l'usage d'un droit individuel ne demeure légitime que tant qu'il s'exerce dans la sphère de la destination sociale de ce droit et dégénère en un abus répréhensible dès qu'il tend à réaliser des fins étrangères à cette destination.

Sans doute, la conception générale d'une limitation naturelle de toute faculté légale par sa destination sociale n'a pas été créée de toutes pièces par Ghazaly qui, à la différence des philosophes rationalistes comme Al Faraby

---

(1) *L. C.*, t. II, p. 144-145.

et Ibn Sina, qu'il a si éloquemment combattus dans son *Tehâfut al Falasifah,* ne cherche pas à faire œuvre d'originalité et de découverte humaine, mais seulement à comprendre et interprèter fidèlement les révélations prophétiques. Les germes essentiels de cette conception féconde existaient déjà dans le Qorân où nous les avons vu s'affirmer si clairement dans un grand nombre de versets, en particulier, dans ceux qui condamnent l'usage abusif, soit du droit de tester, soit du droit de reprendre la femme répudiée. Et nous avons pu constater, dans notre précédent chapitre, qu'elle a dicté ou inspiré, plus ou moins ouvertement, une partie importante du matériel de solutions juridiques que nous avons extrait de l'œuvre de Malek et de celle des premiers jurisconsultes hanafites pour y suivre l'une des étapes essentielles du développement de la doctrine qui forme l'objet de notre étude.

Mais c'est Ghazaly qui a su donner à cette partie de l'enseignement coranique sa plénitude de relief et son maximum d'efficacité pratique, en en fixant l'interprétation dans une formule claire et précise, dans une règle d'une absolue généralité et d'une extrême simplicité de maniement. C'est lui qui, le premier, a inscrit le principe de la subordination du droit individuel à sa fonction sociale au fronton même de la morale juridique d'où il n'a pas tardé à passer au fronton du droit pratique. C'est lui qui, le premier, a érigé en critère absolu et infaillible de la légitimité ou de l'illégitimité des formes d'exercice du droit individuel, la conformité ou la non conformité du but poursuivi à la destination économique et religieuse du droit exercé ou qui, du moins, a le premier donné à cette pierre de touche de la valeur morale des actes juridiques, la précision et la sécurité d'action qui

résultent d'une vérification et d'une reconnaissanse doctrinales. Il a ainsi fourni aux jurisconsultes des temps postérieurs l'élément principal de l'armature doctrinale autour de laquelle ils grouperont et fixeront, en un système cohérent, les solutions pratiques amassées par les maîtres des écoles Malékite et Hanafite. Et, en même temps, par là même, que le critère de moralité des actes d'exercice du droit auquel il s'arrête, — la concordance entre le but visé par l'acte et la fonction normale du droit — nécessite des recherches psychologiques, des investigations relatives à la direction donnée par l'agent à sa volonté, Ghazaly a ainsi contribué à ébranler la doctrine développée avec tant d'ardeur et de vigueur d'esprit par son maître Chafé'y, la doctrine de l'apparence.

Mais il ne la combat pas encore de face et n'en a pas tenté une réfutation ouverte. Ce n'est que plus de deux siècles après lui, à la fin de notre période, que la doctrine de l'apparence succombera définitivement sous les coups répétés et la critique impitoyable d'un autre théologien moraliste dont je dois maintenant analyser l'apport contributif à la formation de la théorie de l'abus des droits.

Ibn Al Qaïim Al Djaouazïah et la théorie de l'intention

132. Je ne puis plus dire pour Ibn Al Qaïim Al Djaouazïah (Chams Al Din Mohammad, né en 691/1292, mort en 751/1350), comme pour Ghazaly, qu'il soit superflu de le présenter aux lecteurs français. Non pas qu'il soit complètement ignoré en Europe; mais il n'y a pas été étudié dans les seules conditions qui permettent de porter un jugement compétent et impartial, c'est-à-dire au travers de son œuvre personnelle. Il n'y a guère été entrevu

qu'au travers de l'œuvre de son maître et il n'est connu, dans la scienc occidentale, que comme l'élève le plus zélé et le plus fidèle d'un penseur, d'esprit très indépendant, dont il a partagé les persécutions, du théologien le plus marquant de la fin du VII[e] et du début du VIII[e] siècle de l'Hégire, Ibn Teïmïïah (né en 661/1263, mort en 728/1328) (1) qui, lui-même, n'a guère été envisagé jusqu'ici, en Occident, que sous un angle un peu spécial, et par conséquent un peu rétrécissant, par le point de vue soit de ses rapports avec l'école zahirite à laquelle il n'appartient pas (2), ou avec la secte Ouahhabite qui ne découle pas directement de lui, mais dont le fondateur parait lui avoir emprunté quelques point particuliers de sa doctrine (3), soit de ses polémiques et controverses contre certaines hérésies de son temps ou contre certains usages considérés par lui comme d'origine extra islamique (4), donc à peu près exclusivement au point de vue de ses opinions sur le dogme ou le rituel.

---

(1) Sur la vie et l'œuvre théologique d'Ibn Teïmïïah, Cf. **Martin Schreiner,** *Beitrage Zur Geschichte der theologischen Bewegungen im islam* dans *Zeitschriff der deutschen Morgen landischen Gesellschaft*, 1898, LII, p. 541-563, et 1899, LIII, p. 51-59. **Steinschneider,** *Polemische und apologetische Literatur in Arabischer Sprache*, p. 32-36 et s. **Brockelmann,** *L. C.*, II, p. 100-105. **Huart,** *L. C.*, p. 330-333.

(2) **Goldziher,** *Zahiriten*, p. 188-193, et *Vorlesungen ueber den islam*, p. 290.

(3) **Goldziher,** dans son compte-rendu du livre de **Walter M. Patton,** *Ahmed Ibn Hanbal and the Mihna*, dans *Zeitschriff der deutschen morgenlandischen Gesellschaft*, 1898, LII, p. 156 et 157. **Snouck-Hurgronje,** *Mekka*, II, p. 249 et s.

(4) **St. Guyard,** *Le fetwa d'Ibn Teïmïïah* sur *les Nosairis* dans *Journal asiatique*, série VI, XVIII, 1871, p. 158-198; un article de la *Revue des études juives*, XXXI, p. 214 et s., 541 et s. et surtout l'article précité de Martin Schreiner.

On pourrait croire, en parcourant le bref passage que M. Brockelmann consacre dans son histoire de la littérature arabe à Al Djaouazïah et à son maître (1), que notre auteur est un isolé dont l'œuvre est restée, en quelque sorte, en marge ou sur les frontières de l'orthodoxie et n'a pu, dès lors, exercer une influence définitive sur la marche de la science juridique musulmane. Il n'en est rien; Al Djaouazïah a laissé des livres qui sont encore lus et commentés dans nos Universités et que nous comptons au nombre des monuments les plus sûrs et les plus autorisés de notre littérature religieuse. Le crédit accordé à certains de ses travaux dans les cercles de savants religieux les plus cultivés et les plus libéraux ne date pas de nos jours; il a battu le plein dès la seconde moitié du VIII[e] siècle et si les opinions parfois audacieuses que Al Djaouazïah a empruntées à Ibn Teïmïïah, sur diverses questions de dogme et de rituel, ont glissé à la surface de la science musulmane sans y pénétrer, il n'en a pas été de même de ses doctrines de philosophie sociale et juridique qui, par leur puissance de propagation, ont dominé tout le mouvement d'idées morales du VIII[e] siècle.

On risquerait surtout de se faire une idée fort inexacte des tendances d'esprit d'Al Djaouazïah si on le jugeait au travers de l'appréciation trop rapide et trop sommaire de M. Brockelmann qui écrit à propos d'Ibn Teïmïïah : « Par ses écrits et ceux de ses élèves, la doctrine h'ambalite s'est maintenue vivante jusqu'au temps présent et a ses reje-

---

(1) **Brockelmann**, *L. C.*, p. 103 et 105. Des renseignements plus précis, mais n'envisageant toujours Al Djaouazïah qu'au point de vue de la continuation des discussions purement théologiques instituées par son maître, sont données par **Schreiner**, *Z. D. M. G.*, LIII, p. 59-60, qui emprunte ses renseignements biographiques à **Al Alousi**, *'Gala' al 'ajnejn fi muhakamat al Ah'madein*, édition de Boulaq, 1298.

tons conséquents dans le Wahhabitisme avec son inflexible fanatisme de la *sunna* et sa persécution de toutes les innovations *(bid'a)*. Que le fondateur du Wahhabitisme ait puisé en fait son impulsion dans les œuvres d'Ibn Teïmïïah et de son école, cela ressort du fait même qu'il a copié de sa propre main les écrits de ce théologien et de son principal élève, Ibn Al Qaïïm Al Djaouazïah » (1). Le lecteur européen pourrait croire, en lisant ces lignes d'un orientaliste justement renommé, mais qui n'a évidemment pas eu la possibilité de prendre connaissance personnelle de l'œuvre de tous les écrivains arabes sur lesquels il porte un jugement dans son manuel, qu'Al Djaouazïah a été un esprit ultra-conservateur, aveuglément rigoriste et opposé systématiquement à tout effort d'adaptation du droit religieux aux besoins variables des milieux économiques.

133. Pour montrer combien cette idée aprioristique cadre peu avec la réalité, il me suffira de reproduire le titre et les premières phrases d'un des chapitres du célèbre ouvrage *I'lam Al Mouaqe'in* où *Al Djaouazïah* a formulé

---

(1) II, p. 102-103, **M. Brockelmann** a emprunté ces lignes à l'article précité de Goldziher dans *Z. D. M. G.*, LII, p. 156. Mais, en les transportant en dehors de la question très spéciale d'histoire de la théologie à laquelle M. Goldziher les avait appliquées, en les transcrivant dans un manuel d'histoire de la littérature ou, en dehors de là, Al Djaouazïah n'est représenté que par de brèves indications sur les dates de sa naissance et de sa mort, sur ses rapports avec Ibn Teïmïïah et sur les manuscrits de ses livres connus en Europe; en présentant aussi les deux phrases de M. Goldziher comme un jugement d'ensemble sur l'œuvre, non seulement d'Ibn Teïmaïïah, mais aussi d'Al Djaouazïah, M. Brockelmann s'expose à donner aux lecteurs européens, en ce qui concerne les tendances juridiques et morales de notre auteur, une impression exactement inverse à celle qu'en ont les nombreux musulmans qui continuent non seulement à lire, mais à méditer ces livres restés classiques.

sa conception de la morale juridique, et par l'intermédiaire duquel il a puissamment coopéré au triomphe final de la conception la plus extensive de la notion de l'abus des droits. Le chapitre en question est intitulé, — pareille rubrique ne vaut-elle pas à elle seule une longue profession de foi ? : « *Chapitre des modifications du fatoua* (jurisprudence appliquée) (1), *et de son changement selon la modification des temps, des lieux, des conditions sociales, des intentions et des mœurs.* »

« Sachez, écrit Al Djaouazïah que le *Chari'a* (droit musulman) est construit sur des finalités et sur les intérêts des gens dans leur vie actuelle et future. Il est de toute justice et de toute pitié, de tout intérêt et de toute finalité. Par conséquent, toute solution qui sort de la justice pour amener à l'injustice, de la pitié à son contraire, de l'utile au nuisible, de la finalité à ce qui n'a pas de but, ne sera plus du *Chari'a,* même si elle rentre dans la lettre du *Chari'a* ». Et plus loin : « Pour m'expliquer, je donne des exemples : Le Prophète pour maintenir l'ordre sur la terre, a édicté la prohibition de certains actes qui sont de nature à troubler cet ordre. Si la prohibition de ces actes aboutit à des résultats contraires au but dans lequel elle a été édicté, il ne faut pas l'appliquer » (2).

Ces lignes ne pourraient-elles pas être attribuées sans trop d'invraisemblance à quelque savant musulman des

---

(1) On a souvent comparé le *fatoua des foqahâ* musulmans, au *responsum* du jurisconsulte romain. Dans le sens général et collectif où l'emploi notre rubrique, le mot *fatoua* désigne l'adaptation des principes théoriques de la jurisprudence aux espèces concrètes fournies par la pratique des affaires.

(2) *I'lam Al Mouqe'in'an rab Al 'Alamîn*, t. II, p. 15 à 29 et spécialement les pages 15 et 29.

temps présents, initié aux dernières méthodes de la science occidentale et imprégné des doctrines de l'école historique allemande? Ne semble-t-il pas, au premier abord, qu'on y trouve le reflet de la pensée d'un Savigny ou même des idées favorites de l'auteur du *Zweck im Recht?* Et, pourtant, elles ont été écrites dans la première moitié du XIV[e] siècle de l'ère chrétienne, par un auteur de la génération qui précède immédiatement celle d'Ibn Khaldoun, ce précurseur de la sociologie contemporaine (1), dont les *Mouqaddimah* ont certainement subi l'influence d'une œuvre déjà entrée dans le grand jour de la publicité et de la renommée scientifique.

Al Djaouazïah a attiré tout particulièrement l'attention de ses lecteurs sur le chapitre de son œuvre dont je viens de citer la rubrique et le début. Il le considère, en effet, comme d'une importante capitale et n'hésite pas à déclarer que la méconnaissance des principes qu'il y expose, a entrainé les juristes vers une interprétation des textes du *Chari'a,* non conforme à l'esprit du droit coranique. Il revient avec insistance sur cette idée que l'interprétation du *Chari'a* doit subir l'influence du milieu social ; qu'elle doit être en harmonie avec les mœurs des gens auxquels on l'applique, afin de ne pas les contraindre à chercher à tourner la loi par des moyens dont l'usage présenterait des dangers très graves qu'une interprétation libérale des textes suffit à écarter.

Cette préoccupation de la finalité des droits et de leur conciliation nécessaire avec les besoins économiques changeants des milieux où ils se réfléchissent a amené

---

(1) Ferreiro, *Un sociologo arabe del secolo XIV* dans *Riforma sociale,* fascicule 3 de l'année 1897.

Al Djaouazïah à entreprendre une lutte ardente contre la théorie de l'apparence qui lui parait être de nature à entrainer une dissociation dangereuse entre le droit et l'équité, et à inciter les hommes à détourner les dispositions du *fiqh* de leur destination naturelle par le recours aux subtilités et aux ruses de la cautèle juridique.

134. Dans la partie de son œuvre intitulée « *Les intentions dans le contrat* » il a saisi corps à corps la doctrine extérioriste de Chafe'y et en a entrepris une réfutation détaillée. Sous cette rubrique, Al Djaouazïah nous dit en effet : « Si on se réfère de près aux sources du Chari'a, dans lesquelles les juristes puisent leurs solutions, on voit se dégager ce principe : qu'il faut tenir compte, pour juger sainement un acte, de l'intention qui a guidé celui qui l'a accompli. »

« L'intention est l'âme de l'acte, son cœur et son soutien; le caractère licite ou illicite d'un acte juridique est subordonné au caractère correct ou incorrect du mobile qui a inspiré son auteur. »

135. « Les arguments, déclare Al Djaouazïah, qui viennent à l'appui de cette thèse sont innombrables. Nous en trouvons d'abord dans le Qorân qui, à diverses reprises, a condamné l'usage d'un droit parfaitement licite et reconnu, quand cet usage est fondé sur une intention malicieuse ou nuisible. »

« C'est ainsi que, dans la matière du testament, constate notre auteur, Dieu dit : les parts des héritiers ab intestat ne leur seront distribuées qu'après l'exécution du testament et le paiement des dettes non préjudiciables (aux héritiers). »

« On voit que le droit de disposer par testament de ses biens, droit parfaitement licite, reconnu et recom-

mandé comme un acte méritoire de charité, peut être vicié par l'intention de nuire aux héritiers, même si la part réservée est demeurée intacte. »

« Dans le cas où il serait exercé dans ce but, les héritiers seraient en droit de s'opposer à l'exécution du testament. Ce texte est d'ailleurs expliqué et confirmé par un autre, ajoute Al Djaouazïah, lequel dit : Celui qui, craignant une injustice ou une iniquité de la part du testateur, aura modifié les déclarations (testamentaires) de ce dernier pour les ramener à l'équité, ne commet aucun péché. »

« D'après ce passage du Qorân on voit que Dieu n'a pas condamné les altérations commises par les témoins et basées sur l'équité et qu'il n'a pas considéré le testament inspiré par l'intention de nuire comme un acte juridique intangible et contre lequel il soit impossible de réagir (1).

136. « Ce n'est pas seulement dans le Qorân qu'on trouve des arguments à l'appui de cette règle, dit Al Djaouazïah; dans la Sounnah également la même idée se trouve nettement exprimée par la tradition suivante : « *Les actes s'apprécient d'après les intentions qui les ont déterminés. A chacun selon ses intentions.* »

« Dans ces deux phrases courtes et éloquentes, on voit que le Prophète a bien affirmé que la théorie de l'intention doit dominer tout le droit.

137. « Un troisième argument, ajoute Al Djaouazïah, peut être tiré de certaines solutions acceptées par les partisans mêmes de la théorie de l'apparence.

---

(1) Al Djaouazïah, cite d'autres textes encore à l'appui de son opinion. Comme nous avons eu déjà l'occasion de les exposer et de les commenter dans notre premier chapitre, il nous a paru inutile de les reproduire ici.

« En premier lieu, ces derniers n'ont-ils pas admis qu'il ne faut pas tenir compte des actes accomplis par une personne qui n'en prévoyait pas les conséquences, tels les actes d'un homme ivre ou contraint, ou soumis à l'influence du sommeil? Dès lors, pourquoi se refuseraient-ils, *a posteriori*, à appliquer ce principe dans le cas où il ressort des circonstances qui entourent l'acte, que son auteur n'avait pas l'intention d'arriver par cet acte à un but légitime? Pourquoi ne rechercheraient-ils pas toujours l'intention au fond des actes juridiques pour en déterminer le caractère licite ou illicite? N'est-il pas clair qu'en appliquant leur théorie de l'apparence dans toute sa rigueur il ne faudrait pas distinguer entre l'acte accompli par un homme ivre et celui accompli par un homme sain, et qu'on devrait se référer uniquement à l'acte lui-même, sans tenir compte de l'état d'esprit de son auteur? Comment sont-ils arrivés à distinguer entre celui qui presse des raisins pour en faire du sirop et celui qui les presse pour en faire du vin, et à considérer le premier comme un homme vertueux et le second comme un coupable? Pourtant tous deux ne font que presser des raisins, ce qui est parfaitement licite, si on n'envisage que l'acte, en lui-même, sans se préoccuper du mobile qui l'inspire.

« N'ont-ils pas admis également qu'un acte juridique accompli par un mandataire change de bénéficiaire selon que le mandataire a eu l'intention de contracter pour soi ou pour son mandant, et que l'autre partie sera liée vis-à-vis de l'un ou de l'autre selon l'intention du mandataire au moment (de la formation) de l'acte, et sans qu'il soit besoin que le mandataire lui fasse part de ses intentions? Cela est admis d'une manière générale par les

partisans de la théorie de l'apparence pour tous les actes, abstraction faite du mariage, où la considération de la personne est déterminante, comme l'objet dans la vente. »

Voilà donc des actes accomplis par la même personne, qui changent de bénéficiaire selon que cette personne a eu l'intention de contracter pour elle ou pour une autre.

Ce sont, certes là, des solutions auxquelles n'auraient pu normalement s'arrêter les partisans de la théorie de l'apparence si, comme ils le proclament, ils n'avaient, dans tous les cas, envisagé que l'acte juridique lui-même en dehors de l'intention de son auteur.

138. A l'argument des partisans de la théorie de l'apparence (1), tiré de ce fait qu'il est souvent difficile, sinon impossible, de lire au fond de la conscience humaine, le mobile qui a guidé une personne accomplissant un acte, je réponds, dit Al Djaouazïah, que : « La recherche du mobile n'est pas si difficile qu'ils le prétendent. Si, dans certains cas, cette recherche est vaine, le plus souvent les circonstances dans lesquelles l'acte a été accompli nous permettent de discerner très nettement l'intention de son auteur. Un acte humain est rarement isolé, indépendant. Le plus souvent, il s'accompagne de circonstances qui faciliteront nos recherches et nous amèneront au résultat poursuivi, c'est-à-dire à la découverte du mobile qui a décidé l'homme à agir. Supposons qu'un individu a répudié sa femme pour la troisième fois (2). Puis, pris de remords, il désire contracter avec elle un

---

(1) Al Djaouazïah vise ici particulièrement Al Chafe'y et ses disciples.

(2) Le droit musulman interdit à celui qui répudie sa femme trois fois, de reprendre la vie conjugale avec elle, à moins qu'elle n'ait été préalablement remariée avec un autre et répudiée par celui-ci.

nouveau mariage. Pour arriver à cette fin, il prie un ami complaisant d'épouser son ex-épouse et de la répudier immédiatement. Pourrait-on prétendre sainement que l'ami qui a bien voulu se prêter à ce subterfuge a agi ainsi dans le but de mener la vie conjugale avec la femme qu'il a épousée? L'intention de rendre service à son ami ne se dégage-t-elle pas très nettement de cette circonstance que, aussitôt le mariage contracté, il répudie sa femme pour permettre à son ami de l'épouser?

« De même, supposons qu'un individu besogneux aît recours à un autre, et que ce dernier ne consente à lui prêter de l'argent que contre intérêt. Mais, pour donner à son acte une apparence licite, il lui cède un objet de nulle valeur, un chapelet de bois par exemple, à un prix exorbitant qui sera payable en même temps que la somme empruntée. Pourrait-on nier qu'une telle vente, parfaitement licite en soi-même, n'a pour but de masquer un prêt à intérêt? Pourrait-on prétendre que le mobile déterminant de cette vente est impossible à découvrir étant donné la disproportion entre le prix et l'objet, et les circonstances dans lesquelles cette vente a eu lieu? Et veulent-ils admettre que sous le couvert des actes licites on puisse arriver à des abus pareils?

« Finalement, conclut Al Djaouazïah, on voit d'après les arguments et les exemples que je viens de citer qu'il faut s'occuper toujours de scruter le mobile d'un acte pour lui assigner son caractère licite ou illicite. »

139. Il est intéressant de signaler qu'en partant de cette règle, Al Djaouazïah est arrivé à condamner les actes simulés, accomplis dans l'intention de détourner les règles du Chari'a de leur finalité. Il en a déduit de même que

la condition insérée dans une fondation est nulle quand elle est inspirée par une intention malicieuse ou immorale : telle, par exemple, la condition par laquelle un donateur dispose que, pour bénéficier de la fondation, sa femme devra s'imposer un célibat perpétuel, bien que le principe fondamental du droit musulman en cette matière soit que les conditions du donateur font la loi de la fondation (1).

Mais c'est surtout dans la sphère d'action de l'important chapitre du droit musulman que nous étudions ici que la thèse doctrinale d'Al Djaouazïah a produit ses conséquences pratiques les plus fécondes et les plus nombreuses. Relié à Al Ghazaly par sa conception du but dans le droit, Al Djaouazïah a complété l'œuvre de son illustre prédécesseur en combattant victorieusement la théorie de l'apparence qui, entre les mains de Chafé'y et de quelques-uns de ses successeurs, avait été un instrument de résistance ou, tout au moins, un frein, au développement extensif de la notion du mésusage du droit, et en dressant en face d'elle une théorie nettement contradictoire et non moins clairement formulée : la théorie de l'intention. Al Ghazaly avait fourni à la doctrine définitive de l'abus des droits son fil conducteur ; Al Djaouazïah lui a donné sa justification théorique.

PARAGRAPHE III

La réaction des doctrines des moralistes sur le travail des écoles de fiqh.

140. Sous l'influence de la lutte des théologiens contre la conception absolutiste du droit et contre la théorie de

(1) *I'lam Al Mouqe'in'an rab Al 'Alamīn,* tome II, pages 48-54.

l'apparence, que nous venons de suivre dans les paragraphes précédents, il s'est produit pendant le cours et surtout vers la fin de notre période, entre les partisans des divers rites, un rapprochement qui, s'il n'aboutit pas à une parfaite unité de vues, eut au moins pour effet de généraliser l'application au droit des règles de morale. Les divergences d'idées entre les protagonistes de la tendance moralisatrice et ceux de la tendance absolutiste étaient trop profondes pour que l'union se produisît complètement. Il nous sera pourtant aisé de montrer dans ce paragraphe que, parallèlement à un rapprochement appréciable entre les écoles, un courant nouveau se fit jour à la fin de notre époque dans la littérature juridique musulmane qui tendit :

1° A interdire et à sanctionner positivement des actes que les juristes antérieurs considéraient comme détestables au seul point de vue religieux;

2° A faire triompher les solutions les plus respectueuses de l'intérêt des parties en cause, de préférence aux solutions qui ne sont que l'application rigoureuse des principes du droit.

Après avoir établi l'existence du rapprochement que nous venons de signaler entre les partisans des rites, nous analyserons les tendances nouvelles de la jurisprudence musulmane qui se dessinent à la fin de notre période ou au début de la période suivante.

141. A. *Rapprochement des partisans des divers rites.* — Nombreux sont les faits qui accusent ce rapprochement. Nous nous bornerons à citer celui qui nous a paru présenter le plus d'intérêt.

Dans l'étude que nous avons faite des doctrines des

fondateurs des rites, nous avons constaté que Malek et Abou Yousef avaient admis le principe que « nul ne doit exercer son droit lorsque cet exercice est de nature à causer un préjudice considérable aux tiers » et que ce principe avait été nettement combattu par Al Chafe'y. Quant à Abou Hanifah, qui n'a laissé aucun ouvrage juridique personnel et que nous ne connaissons qu'à travers les livres de ses disciples, il nous a paru qu'il avait également admis ce principe, du moins dans son application à la matière des contrats, et nous avons donné, dans l'étude que nous lui avons consacrée, les raisons sur lesquelles nous fondons notre opinion. Pour les juristes hanafites de l'époque classique tels que Qady Zadah, auteur de Nataïdj Al Afkar, Abou Hanifah aurait, au contraire, été hostile à ce principe. Cet auteur fonde, d'ailleurs, son affirmation sur une simple anecdocte (1). Ce qui fortifie pourtant son opinion, c'est que certains auteurs hanafites du VI[e] siècle, Bourhan Al Din Aly Ibn Aby Bakr, Al Marghany (2) par exemple, n'ont fait aucune allusion à cette règle.

Quoi qu'il en soit, vers le IX[e] siècle, les juristes hanafites se rallièrent à l'opinion d'Abou Yousef et admirent avec lui que « le titulaire d'un droit ne peut l'exercer quand cet exercice est de nature à causer un préjudice excessif aux tiers. » En principe, disent-ils, et selon l'application stricte des règles juridiques, il aurait cette faculté; mais il est équitable de ne pas la lui laisser à cause du respect dû aux intérêts des tiers (3).

---

(1) *Nataïdj Al Afkar,* commentaire d'Al Hidaïah, t. V, p. 505-506.

(2) *Al Hidaïah, L. C.*

(3) Zaïla'y, *Charh' Kinz Al Daqaïq,* t. IV, p. 198.

Depuis cette époque, le principe a acquis une place incontestée dans l'application du droit coranique.

On voit ici comment une règle qui, au dire de certains juristes, ne fut pas admise par Abou Hanifah, finit cependant par s'imposer à tous les partisans du rite hanafite sous l'influence de préoccupations morales. C'est à raison du souci de l'équité, à cause du respect dû aux intérêts des tiers, que cette règle finit par devenir traditionnelle.

142. B. *Tendances nouvelles.* — En même temps que se produisait le rapprochement que nous venons de signaler, des actes qui étaient considérés comme détestables au seul point de vue religieux furent positivement sanctionnés : par exemple l'accaparement, la vente des armes pendant une émeute ou à des personnes ayant l'apparence et la réputation de malfaiteurs et la vente d'esclaves à des gens ayant des mœurs dissolues. Désormais, cette règle est posée que « tout acte détestable doit être interdit et sanctionné. »

L'accaparement qui n'était considéré à l'origine que comme un acte détestable est positivement interdit. Désormais, dans tous les lieux où l'accaparement des denrées alimentaires et de tout ce qui est indispensable aux hommes risque de porter préjudice à la collectivité, le juge a le droit, après deux avertissements dont le second est accompagné d'une réprimande, de saisir et de faire vendre les marchandises détenues par l'accapareur en ne lui laissant que ce qui lui est nécessaire pour vivre largement avec sa famille (1). Pour légitimer cette mesure qui prive une personne du droit de disposer comme elle

(1) **Qady Zadah,** *Nataïdj Al Afkar,* t. V, p. 240.

l'entend de ses biens, les juristes argumentent du respect de l'intérêt de la collectivité.

C'est le même principe qu'ils invoquent pour justifier les sanctions qu'ils prononcent contre la vente des armes pendant une émeute ou à des personnes ayant l'apparence de malfaiteurs. Quant à la vente d'esclaves à des individus ayant des mœurs dissolues, c'est également en se basant sur des règles de morale qu'ils l'interdisent. Dans ce cas, l'acquéreur est contraint de revendre les esclaves achetés.

143. C. Le troisième fait caractéristique qui montre l'influence exercée sur les auteurs de cette époque par les théologiens, est *la volonté de faire triompher les solutions les plus respectueuses de l'intérêt des parties en cause, de préférence à celles qui ne sont que l'application rigoureuse des principes du droit.*

C'est ainsi que, dans la matière de l'usurpation, lorsqu'un individu s'est servi pour la construction de sa maison d'une poutre appartenant à autrui, au lieu d'appliquer strictement le droit du propriétaire de la poutre, en lui permettant d'exiger la démolition de la maison et la restitution de son bien, comme le faisait Al Chafe'y, les juristes de cette époque proclament que l'on ne doit pas reconnaître ce droit au propriétaire. Il aura seulement le pouvoir de réclamer le prix de la chose usurpée. Ils étayent leur opinion à ce sujet, sur le raisonnement suivant : « En donnant, dans l'hypothèse qui nous occupe, le droit au propriétaire de la poutre d'en réclamer la restitution, on cause à l'usurpateur un préjudice excessif et dont rien ne l'indemnisera ; tandis qu'au contraire, en ne donnant au propriétaire que le droit de réclamer le prix de la poutre usurpée, on lèsera peut-être son droit,

mais cette lésion sera compensée par le prix qui lui sera payé. Comme il est évident qu'une lésion qui est compensée, est moins importante qu'une lésion pure et simple et comme, d'autre part, il est de toute équité qu'on ne doit pas provoquer un préjudice excessif quand on peut régler le différend en provoquant un préjudice moindre; il apparait clairement, disent-ils, aux yeux de toute personne sensée que la solution que nous proposons est la plus logique » (1).

Ce qui se dégage, en somme, de la courte étude à laquelle nous venons de nous livrer, de l'influence qu'exercèrent les philosophes et les théologiens sur l'application du droit coranique : c'est la prédominance du facteur moral. Cette tendance se résume dans la formule suivante : « Entre deux maux, il faut choisir le moindre », c'est-à-dire « entre deux solutions, toutes deux susceptibles de causer un préjudice, il faut opter pour celle qui causera le préjudice le moins considérable. » C'est là une règle que nous avons rencontrée, très nettement exprimée, chez Al Djaouazïah et qui est en parfaite harmonie avec l'esprit du Qorân.

CHAPITRE IV

La fixation définitive de la doctrine

144. Avec le IX[e] siècle de l'Hégire, le travail d'interprétation des sources révélées et le mouvement d'élaboration scientifique dont nous venons de reconstituer les principales étapes, arrivent à leur point naturel d'aboutissement. L'armature doctrinale de la théorie musulmane de l'abus des droits se fixe et ne variera plus jusqu'à nos jours.

---

(1) **Qady Zadah,** *Nataïdj Al Afkar,* t. VII, p. 379-380.

Avec les juristes de cette dernière période, que j'appellerai la période classique, parce qu'elle a vu naître la riche floraison de manuels, de compilations, de traités spéciaux qui forment la base de l'étude et de l'enseignement du *fiqh* dans nos universités, une méthode nouvelle fait son apparition dans la littérature juridique musulmane. A la place des solutions d'espèces dans le genre de celles que nous avons rencontrées dans la Modaouanah et dans Al Djamè Al Çaghir, ce sont des règles d'une portée générale que nous trouvons chez eux. Les exemples cités et commentés par les juristes antérieurs et qui n'avaient, entre eux, aucun lien rationnel extérieurement dégagé, cèdent le pas à une théorie vraiment scientifique où l'on trouve toutes les données nécessaires à la solution des cas particuliers qui se présentent dans la pratique. Désormais, les principes de droit au lieu d'être dégagés au fur et à mesure des besoins, et rapportés sans ordre, sans méthode, font l'objet d'un travail synthétique très serré et se condensent en formules générales.

Je ne m'attarderai pas à suivre, chez les auteurs classiques et modernes, toutes les applications données à la théorie de l'abus des droits. Nous avons déjà rencontré les plus importantes d'entre elles en étudiant les phases antérieures du développement de notre doctrine. Il serait aussi inutile que fastidieux d'en dresser ici une liste d'ensemble qui menacerait de devenir interminable. Puisque nous avons franchi les périodes pendant lesquelles le déroulement doctrinal du *fiqh* a été l'œuvre de la casuistique, c'est-à-dire de l'étude analytique des cas et des espèces individuelles, et que nous abordons l'époque où se dégagent les normes juridiques abstraites et les constructions synthétiques de la doctrine, il convient que nous

éliminions désormais tout ce qui est particulier à certains chapitres du *fiqh*, pour ne retenir que les éléments vraiment généraux qui peuvent servir à l'édification d'une théorie d'ensemble de l'abus des droits.

Je me bornerai donc à rechercher successivement dans ce dernier chapitre : 1° A quels signes on reconnait, dans la doctrine classique, que le titulaire d'un droit a franchi les bornes prescrites au libre exercice des facultés légales et quels sont les critères qui permettent de discerner quand l'usage légitime des droits individuels commence à dégénérer en mésusage répréhensible ; 2° par quels procédés et au moyen de quelles sanctions le *fiqh* arrive à assurer le respect des frontières qu'il a tracées entre l'usage régulier et l'exercice abusif des droits ou à organiser la répression des actes qui constituent les violations de ces frontières.

SECTION I

Les éléments constitutifs de l'abus des droits

145. Nous allons vérifier et préciser dans cette section une constatation que nous avions déjà laissé pressentir au lecteur dans la première partie de notre exposition : l'impossibilité où se trouve l'interprète du droit musulman de découvrir un critère simple et unique qui permette toujours au juge de reconnaître aisément et avec certitude s'il est en présence d'un usage légitime ou d'un usage excessif, et par conséquent abusif, du droit. Ce n'est pas que la doctrine classique se soit constituée sans plan d'ensemble. Elle possède même un excellent fil conducteur. Toutes ses règles se relient étroitement par un lien de filiation logique à une idée plus générale, à un principe

directeur. Ce principe, toutefois, est d'une nature trop exclusivement doctrinale, il présente à l'analyse une trop grande variété et une trop grande finesse de nuances pour constituer lui-même une pierre de touche suffisamment précise pour fournir au juriste praticien les moyens certains de discerner où finit l'usage et où commence l'abus du droit. Mais la possession de ce fil conducteur doctrinal a facilité aux jurisconsultes classiques la découverte, non pas sans doute d'un unique caractère, mais d'un certain nombre de caractères plus clairs et plus extérieurs dont chacun suffit, même isolé, à classer les faits chez lesquels il se rencontre dans la catégorie des faits d'abus du droit.

Il convient donc de rappeler tout d'abord l'existence de la notion doctrinale maîtresse, de la conception de philosophie morale et juridique qui domine toute la théorie classique de l'abus des droits et en est, en quelque sorte, l'âme agissante. C'est seulement après nous être bien pénétrés de cette idée directrice que nous pourrons utilement entreprendre l'analyse des règles pratiques et des critères positifs d'application qui en ont été déduits par les juristes de notre époque.

PARAGRAPHE PREMIER

Le fil conducteur de la théorie classique. — La destination sociale du droit.

146. Nous avons suivi, dans l'un des paragraphes du précédent chapitre, le dégagement de ce principe directeur : subordination de la légitimité de tout fait d'exercice du droit individuel à sa conformité avec le but moral et économique pour lequel le droit a été institué. Nous en avons saisi les germes essentiels et les premières appli-

cations importantes dans les versets du Qorân ; nous avons retrouvé le souffle vivifiant de son esprit au travers de quelques-unes des plus caractéristiques décisions juridiques des fondateurs de rites et nous avons constaté qu'il avait enfin trouvé sa formule doctrinale définitive, sa plénitude de précision et d'ampleur, sous la plume d'un des grands théologiens de l'islam, Al Ghazaly. Il nous est devenu, dès lors, assez familier pour qu'il ne soit pas nécessaire d'en reprendre ici l'étude interne et l'exposé dogmatique.

Je puis donc me borner, pour l'instant, renvoyant aux explications antérieurement données, à constater que le principe général formulé par Ghazaly est unanimement accepté par les jurisconsultes de l'époque classique et forme le point de départ de tous leurs développements sur la théorie de l'abus des droits.

« Un droit, disent-ils, confère à son titulaire la faculté de l'exercer comme bon lui semble ; toutefois, il doit être exercé conformément à sa nature et à sa destination. »

Cette règle générale se dégage nettement des ouvrages de notre époque. Ne voyons-nous pas Ibn' Abdin parler en ces termes du droit de propriété : « Le propriétaire doit user de son bien selon sa nature, c'est-à-dire de façon à en tirer le meilleur profit possible. Le bien, c'est la chose que l'on économise afin de s'en servir en cas de besoin? » (1).

Ailleurs, le même Ibn' Abdin définit ainsi le prodigue : « C'est celui qui se sert de sa chose contrairement au but pour lequel le Chari'a lui a conféré des droits sur cette

(1) **Ibn Abdin**, *Rad Al Meh' tar*, t. IV, p. 4.

chose » (1). Enfin, cet auteur n'hésite pas à déclarer nul le contrat de louage par lequel une personne se propose d'user d'une chose contrairement à sa nature.

Ce principe, en vertu duquel l'exercice des droits individuels est conditionné par leurs finalités morales et leurs buts sociaux, apparait aux jurisconsultes classiques comme une règle d'une généralité absolue, ne comportant aucune exception. Il s'applique quels que soient la nature et l'objet du droit, qu'il porte sur une chose, un animal (2) ou un individu (3). Il domine, non seulement la réglementation des droits réels, mais aussi celle des droits de famille.

Tout droit de famille reconnu à un individu, correspond à un but social nettement déterminé. C'est en vue de ce but, en vue de cette fin, que le droit devra s'exercer, et toutes les fois que son titulaire méconnaitra ce principe et cessera d'en user conformément à sa destination, il y aura, à proprement parler, abus de droit.

Nous pouvons suivre notamment l'application de ce principe général dans la matière des droits découlant de la puissance paternelle, dans celle du mariage et, enfin, dans la question de la répudiation.

A. *Droits découlant de la puissance paternelle.*

147. Je ne vais pas passer en revue, bien entendu, tous les droits découlant de la puissance paternelle. Je me

---

(1) *L. C.*, t. V, p. 126.

(2) Ce même auteur nous dit, en parlant de l'usage qu'on doit faire de l'animal qu'on possède, qu'il n'est pas permis de s'en servir dans un but autre que celui pour lequel Dieu nous a reconnu des droits sur cet animal, t. V, p. 354.

(3) Pour les esclaves, Ibn' Abdin n'a pas hésité à interdire, en invoquant le principe de la destination sociale, qu'on vende un esclave à un individu réputé avoir des mœurs spéciales, t. V, p. 344.

borne à citer comme exemple le droit de *Djebr*, qui apparait comme le plus absolu dans cette matière, c'est-à-dire le droit reconnu au père de famille de marier sa fille malgré elle et sans tenir compte de sa volonté.

Le motif pour lequel on a accordé ce droit au père est qu'il ne faut pas qu'il puisse manquer une bonne occasion de marier avantageusement sa fille; ce droit est donc la sauvegarde de l'intérêt de la jeune fille. Tel en est le but (1).

Par conséquent, toutes les fois que le père en usera contrairement à cette fin, antisocialement, il y aura exercice illégitime. Par exemple, si un père marie sa fille mineure à un individu indigne d'obtenir la main d'une personne du rang de celle-ci, et que le père ait la réputation d'avoir ordinairement la main malheureuse dans son choix à raison de son caractère superficiel ou de ses mœurs dissolues, on pourra faire annuler ce mariage.

De même, si un père avait marié sa fille mineure, exposée par sa jeunesse à subir les influences bonnes ou néfastes du milieu dans lequel elle vit, avec un malandrin ou un débauché, le mariage contracté ainsi, pourrait être annulé. Les conditions dans lesquelles ce mariage se produit ne permettent pas de douter, en effet, que le père a complètement sacrifié l'intérêt de sa fille. La présomption de bonne foi, basée sur l'affection paternelle, ne saurait ici être invoquée pour justifier la conduite du père. Si un père, bon croyant et pratiquant, foncièrement honnête aux yeux de tous, trompé par l'apparence, vient de marier sa fille mineure avec un jeune homme qu'il croyait juste et pieux, et qui, en réalité, n'était qu'un ivrogne, le

---

(1) **Zaïla'y,** *Charh' Kinz Al Daqaïq*, t. II, p. 131.

mariage contracté dans ces circonstances, quoique par application du droit de *Djebr* peut être encore annulé (1).

B. *Mariage.*

148. Le mariage est, en droit musulman, un acte tellement recommandé qu'on le considère comme l'accomplissement d'une obligation religieuse plutôt que comme un contrat purement civil (2), cela à raison de son but social très élevé qui est la procréation, et encore parce que, selon l'expression des juristes musulmans, il est une cuirasse contre la débauche (3).

Par conséquent, toutes les fois qu'un individu se marie dans un but autre que celui qui vient d'être indiqué, le mariage doit être illicité : par exemple, s'il se marie avec une femme uniquement à raison de la situation de sa famille ou à raison de sa richesse, ou enfin, en considération de son honorabilité. Les juriconsultes classiques étayent leur opinion sur cette tradition du Prophète : « Dieu ne fait qu'augmenter l'indignité de celui qui se marie avec une femme à raison de la situation de sa famille. Dieu ne fait qu'augmenter la pauvreté de celui qui se marie avec une femme à raison de sa richesse. Dieu ne fait qu'augmenter la bassesse de celui qui se marie avec une femme à raison de son honorabilité. Mais, lorsqu'un individu se marie avec une femme pour empêcher ses yeux de regarder, pour fortifier sa vertu et continuer sa race, Dieu bénit ce mariage et rend prospère cette union » (4).

(1) **Qady Zadah,** *Nataïdj Al Afkar,* t. II, p. 425.

(2) **Ibn Al Hammam,** *Fath' Al Qadir,* t. II, p. 340.

(3) *L. C.,* t. II, p. 241.

(4) *L. C.,* p. 243.

C. *Répudiation.*

149. La répudiation est un mode volontaire de dissolution du mariage. Le droit de répudiation n'appartient qu'au mari : seul, l'homme est maître de rompre le mariage quand il le veut. Toutefois, il faut remarquer que le mari peut, dans le contrat de mariage, déléguer ce droit à la femme ; dans ce cas seulement l'épouse pourra, elle aussi, exercer le droit de répudiation.

Donc, le droit de répudiation est formellement reconnu à l'homme d'une manière absolue. Mais les jurisconsultes musulmans, ici encore, ont imposé une restriction à l'exercice de ce droit : ils ont distingué nettement entre l'exercice légitime et l'abus du droit de répudiation. Ils s'expriment, en effet, en ces termes : « Le but social du droit de répudiation est de rompre le mariage quand il y a divergence de caractère, et apparition de haines, qui auraient pour conséquence l'inobservation des devoirs qui découlent du mariage. Ce droit ne peut être exercé que dans les cas où un motif légitime l'exige : par exemple, lorsqu'un époux n'éprouve plus d'amour pour sa femme, de sorte qu'il devient incapable ou se trouve gêné quand il se contraint à l'approcher ; dans ce cas, l'exercice du droit de répudiation est on ne peut plus légitime. Mais, à supposer que le mari soit assez riche pour pouvoir prendre une seconde femme, tout en gardant la première, et que celle-ci ait accepté de rester mariée avec cet homme sans qu'il l'approche ou sans division régulière (1), dans ce cas, l'exercice du droit de répudiation devien-

(1) En droit musulman, lorsqu'un homme se marie avec deux femmes, il lui est imposé d'être juste à leur égard et de ne rien donner à l'une qu'il ne donne à l'autre. C'est ce qui constitue la division régulière.

drait illégitime » (1). D'autre part, bien qu'en principe, ce droit ne puisse être exercé que par le mari, les juristes musulmans ont cependant reconnu que le mari doit répudier sa femme dans le cas où la vie est intolérable pour elle (2).

Telle est l'opinion nettement exprimée des savants Hanafites. Les docteurs Chafe'ites, développent aussi les mêmes idées, et déclarent illicite l'exercice du droit de répudiation sans un juste motif (3).

150. Les développements que nous venons d'emprunter aux auteurs classiques, en ce qui concerne l'application de la notion de destination sociale des droits individuels au domaine particulier du droit familial, font assez sentir au lecteur, pour qu'il soit superflu d'insister sur ce point, que, dans cette partie de sa sphère d'action, la théorie de l'abus des droits se meut plus fréquemment sur le terrain de la morale juridique que sur celui du droit positif, tel qu'on le comprend aujourd'hui en Europe. Il va de soi qu'elle ne s'y traduit, dans la majeure partie des cas, que par des sanctions d'ordre purement religieux. Pour qu'à celles-ci vienne s'ajouter l'action concurrente de la contrainte étatique, il faudrait d'ordinaire recourir à l'arme du *ta'zir* qui n'a jamais été employée dans les matières internes de la vie familiale qu'avec beaucoup de réserve et de discrétion.

C'est seulement dans son application aux droits patrimoniaux, c'est-à-dire à ceux qui sont susceptibles d'une évaluation en argent, que la doctrine de l'abus des

---

(1) **Qady Zadah,** *Nataïdj Al Afkar*, t. III, p. 21-22.

(2) **Mohammad Al Cherbiny,** *Al Aqna'*, t. II, p. 140.

(3) **Mohammad Al Cherbiny** *L. C.*

droits est arrivée à sa plénitude de réalisation sociale, et qu'elle a été amenée, par les nécessités de la mise en œuvre judiciaire, à déterminer avec plus de précision, les signes qui attestent qu'un droit individuel a été détourné de sa destination sociale.

Je me cantonne désormais dans ce cercle d'institutions patrimoniales, chez lesquelles le caractère économique et juridique est beaucoup plus accusé par rapport au caractère moral et religieux que chez les institutions internes de la famille, pour étudier les critères distinctifs de l'abus des droits qui ont été façonnés et employés par nos auteurs classiques.

PARAGRAPHE II

Application de la notion de destination sociale aux droits patrimoniaux. — Premier aspect. — L'abus des droits à l'encontre de soi-même.

151. Nous retrouvons ici un principe que j'ai eu l'occasion de mettre en lumière au seuil même de la partie historique de mon travail, en signalant celles des lignes directrices de la législation coranique dont la doctrine de l'abus des droits est la résultante : le principe du juste milieu qui condamne l'excès de désintéressement aussi bien que l'excès de combativité dans l'exercice des droits. En vertu de ce principe, celui qui, au lieu d'user de son droit individuel en vue de réaliser le profit que celui-ci est destiné à lui permettre d'atteindre, en fait un emploi dangereux pour lui-même, doit être considéré comme ayant détourné le droit de sa destination sociale au même titre que celui qui use d'une faculté légale, soit dans le seul but de nuire à autrui, soit afin d'en retirer, au détri-

ment du prochain, des avantages économiques que la faculté légale en question n'a pas pour mission de lui procurer. Sous l'influence de ce principe, la jurisprudence musulmane limite des deux côtés à la fois, la liberté d'emploi des droits individuels, en leur assignant un minimum en même temps qu'un maximum d'exercice, en combattant l'usage insuffisant aussi bien que l'usage excessif, l'usage trop dangereux pour le titulaire du droit, aussi bien que l'usage trop préjudiciable pour les autres.

La notion de la limitation des facultés légales par leur destination sociale se présente donc, dans son application au cercle des droits patrimoniaux, sous un double aspect et aboutit à deux séries de conséquences générales qui peuvent se formuler de la façon suivante :

1° Le titulaire d'un droit patrimonial ne doit pas l'exercer contrairement à son propre intérêt ;

2° Il ne peut pas l'exercer non plus dans le cas où il cause à un tiers un *préjudice (d'arar)*. (Le mot *préjudice* est pris ici dans un sens technique et désigne des dommages présentant certains caractères que nous aurons à définir tout à l'heure).

La finalité d'un droit est, en effet, avant tout, l'intérêt de celui qui le possède. Et, même quand cet intérêt personnel est sauvegardé, le droit cesse de pouvoir être exercé s'il aboutit à lèser autrui.

Arrêtons-nous, tout d'abord, sur le premier aspect du principe général.

152. Le titulaire d'un droit ne peut l'exercer contrairement à son propre intérêt.

Nous avons eu l'occasion de voir que les auteurs classiques définissent le prodigue en ces termes : « C'est

celui qui se sert de sa chose contrairement au but pour lequel le Chari'a lui a reconnu des droits sur cette chose; ou, continuent-ils, celui qui use de son bien d'une manière déraisonnable, même si ses dépenses ont un but charitable, la construction de mosquées par exemple; soit en le gaspillant dans des dépenses personnelles excessives; soit en disposant de sa fortune sans but ou dans un but insensé aux yeux des bons croyants, par exemple en cadeaux à des chanteuses ou chanteurs, en achat de pigeons volants à des prix exorbitants; soit en se laissant constamment léser dans les contrats qu'il fait. »

Et, cependant, le Chari'a a recommandé la liberté dans le commerce pour faciliter les affaires, ordonne la charité et l'aumône qui sont de grandes qualités; mais en toutes choses, même les meilleures, l'excès est interdit. Telle est la définition que donne les savants h'anafites (1).

Nous en trouvons une autre à peu près semblable chez les savants Chafe'ites : « Le prodigue, disent-ils, est celui qui gaspille ses biens, par exemple en les jetant dans une rivière ou en se laissant toujours léser dans les transactions, ou qui dilapide son patrimoine en dépenses illicites, et non pas dans un but louable comme la charité ou pour subvenir simplement à ses besoins normaux. C'est encore celui qui achète une multitude d'esclaves uniquement pour ses plaisirs. Les biens nous sont, en effet, accordés pour satisfaire nos besoins » (2).

Ces citations suffisent à démontrer que les auteurs classiques ont admis que le titulaire d'un droit, même le

---

(1) **Ibn 'Abdin,** *Rad Al Meh'tar*, t. V, p. 126.

(2) **Mohammad Al Cherbiny,** *Al Aqna'*, édition de l'imprimerie Al Maïmaniah, 1306, t. II, p. 24-25.

plus absolu, comme le droit de propriété (1), peut en faire un exercice abusif lorsqu'il en use contrairement à son propre intérêt. C'est ce qui ressort nettement des définitions du prodigue. Car, il ne serait pas exact de croire que l'on prononce en droit musulman, l'interdiction du prodigue dans l'intérêt de la famille ou des tiers : on prend une telle mesure dans l'intérêt particulier de celui qui en est l'objet. Pour se convaincre de l'exactitude de cette remarque, il suffit de rappeler que les savants Chafe'ites classent l'interdiction du prodigue parmi celles qui sont prononcées dans l'intérêt propre de l'interdit (2). D'autre part, ne voyons-nous pas les savants Hanafites écrire ceci : « On interdit le prodigue pour sauvegarder ses intérêts et l'empêcher de tomber dans la pauvreté? » Et ils annulent tous actes entre vifs passés par lui, mais valident les dispositions de dernière volonté, pourvu qu'elles n'excèdent pas la quotité disponible (3).

PARAGRAPHE III

Second aspect du principe. — L'abus des droits à l'encontre des tiers.

153. La seconde série de conséquences auxquelles aboutit la notion de destination sociale des droits dans son application aux droits patrimoniaux a encore beaucoup plus d'importance pratique que la première. Nous l'avons

---

(1) La propriété, disent-ils, donne au propriétaire le droit de disposer de sa chose d'une manière exclusive et absolue. **Ibn 'Abdin**, t. IV, p. 139 et t. IV, p. 501.

(2) **Mohammad Al Cherbiny**, *Al Aqna'*, t. II, p. 24.

(3) **Qady Zadah**, *Nataïdj Al Afkar*, t. VII, p. 314; **Ibn 'Abdin**, t. V, p. 126.

résumée, à la suite des jurisconsultes classiques, dans cette brève formule : « Le titulaire d'un droit ne peut pas l'exercer dans le cas où cet exercice est de nature à causer à autrui un *préjudice.* »

Il nous reste maintenant à expliquer cette formule un peu énigmatique dans sa concision ; à préciser ce qu'il faut entendre par *préjudice*, à examiner quelles sont les causes qui font dégénérer l'exercice du droit en mésusage.

La jurisprudence musulmane classique ne nous fournit pas un critère unique de l'abus du droit commis à l'encontre d'autrui. Elle nous en offre quatre qu'elle place sur le même plan, qui se présentent, non pas comme des critères cumulatifs, mais comme des critères concurrents, si bien que l'un quelconque d'entre eux, suffit à légitimer la déclaration d'abus contre un fait d'exercice du droit.

L'exercice du droit est, en effet, considéré comme causant à autrui un *préjudice*, et par conséquent comme abusif, dans les quatre cas suivants :

1° Quand il est motivé par *l'intention de nuire* ; .

2° Quand il n'offre aucun intérêt pour son titulaire tout en nuisant à autrui ;

3° Lorsqu'il entraine pour les tiers un *préjudice général ;*

4° Lorsqu'il cause à un tiers un *préjudice excessif.*

A. — *Premier critère. — Intention de nuire.*

154. Nul ne peut exercer son droit, quand l'exercice en est motivé par l'intention de nuire aux tiers.

Nous rencontrons notamment des applications de cette idée au droit de propriété et en matière de procédure.

155. *a)* En ce qui concerne tout d'abord l'exercice du

droit de propriété, Zaïla'y nous dit : « Une personne ne peut pas empêcher son voisin de creuser un puits à côté de son mur, à raison du préjudice qui pourrait en résulter pour le mur, par suite d'infiltrations. Mais, si le voisin sait parfaitement que le puits va causer la ruine du mur, et le fait sciemment, il peut être alors contraint à combler ce puits » (1).

De même Ibn 'Abdin écrit : « Si une personne sait parfaitement qu'en arrosant son terrain, il va fatalement se produire des infiltrations sur le terrain du voisin, elle peut être rendue responsable des dégâts qui en résulteront, et on doit lui interdire un tel arrosage, à moins qu'elle ne prenne toutes précautions nécessaires pour empêcher ce résultat » (2).

b) Co-propriété.

156. Le principe général ne s'applique pas seulement lorsqu'il s'agit d'une propriété exclusive, mais aussi en matière de co-propriété pour régler les rapports des communistes entre eux. En effet, les juristes musulmans disent : « Si un établissement de bains, un moulin, un bateau, ou toute autre chose qui ne pourrait être divisée qu'en perdant énormément de sa valeur, ou même toute sa valeur, appartient à deux propriétaires, et que l'un des communistes refuse, par esprit de chicane, de prendre à sa charge la part des réparations nécessaires à l'entretien du bien, l'autre partie a le droit de s'adresser à la justice; et, si le juge estime qu'en effet, les réparations sont indispensables, il peut donner au plaignant le droit de les

---

(1) **Zaïla'y,** *Charh' Kinz Al Daqaïq,* t. IV, p. 196.

(2) **Ibn 'Abdin,** *Rad Al Meh'tar,* t. V, p. 75.

effectuer et de retenir ensuite la chose jusqu'à ce qu'il soit désintéressé » (1).

c) Action en justice.

157. La même idée reçoit encore application en matière de procédure. En ce qui concerne l'indivision, les jurisconsultes musulmans ont admis que nul n'est tenu de rester dans cet état, qui, à leurs yeux ne peut être que transitoire. Cependant, disent-ils, lorsque l'un des communistes intente l'action en partage uniquement par esprit de chicane, il doit être débouté de sa demande. Par exemple, lorsqu'une maison appartient à deux personnes, dont l'une n'en possède qu'une part infime, de telle sorte que, seule, elle serait inutilisable, si le propriétaire de la plus grande portion, intente l'action en partage dans le but de nuire à son co-propriétaire, il doit être déclaré mal fondé en sa demande. De même, l'action devrait être écartée si elle était intentée par le propriétaire de la plus petite portion, par pur esprit de chicane (2).

Pour mettre en lumière cette idée nous prenons l'exemple suivant, d'une espèce assez fréquente dans la pratique. Un individu meurt, laissant un fils et deux femmes : il a pour tout bien une maison. D'après le droit successoral, il revient au fils les sept huitièmes de la succession, et les femmes se partagent le dernier huitième ; dans notre hypothèse particulière, elles auront un seizième chacune. Or, supposons que le fils, poussé par un pur esprit de chicane, intente l'action en partage dans le but de nuire à sa belle-mère.

---

(1) **Ibn 'Abdin,** *L. C.*, t. III, p. 490.

(2) **Mohammad Ibn Mohammad Ibn Chihab,** ***Al Fataouy Al Hizaziah,*** t. III, p. 112, imprimé en marge de ***Al Fataouy Al Bindîah,*** 2e édition de Boulaq, t. VI.

Les auteurs classiques reconnaissent formellement qu'une action en partage, intentée dans cette intention, devra être rejetée.

Donc, lorsqu'un individu use de son droit dans le but de nuire à autrui, l'exercice qu'il en fait n'est pas conforme à la nature et à la destination du droit qui lui avait été reconnu : il y a, par conséquent, abus du droit.

Cette idée est nettement exprimée dans le Medjalah (1) en sa partie réservée aux principes généraux du *fiqh*, article 2, ainsi conçu : « Les actes d'après leur but », c'est-à-dire (ajoute le texte se commentant lui-même) le jugement d'après lequel on apprécie un acte, doit être rendu selon le but dans lequel on a eu l'intention de faire cet acte. Ce qui revient à dire que l'on doit juger d'un acte d'après l'intention de son auteur. L'article 3 est, d'autre part, ainsi conçu : « On doit prendre en considération dans les contrats, l'intention et le but, et non pas les lettres et les phrases. C'est pourquoi l'on doit considérer comme gage la vente à réméré. »

Ces deux articles, par la place qu'ils occupent dans le Medjalah, dénotent bien l'importance considérable que le législateur ottoman a entendu assigner au facteur intentionnel dans les actes. C'est pour montrer cette tendance

---

(1) Nous avons cru nécessaire de citer le Medjalah à propos de l'étude des jurisconsultes classiques, pour deux raisons :

1° Pour éviter une répétition fatale des divers cas particuliers donnés en exemple ;

2° Parce que nous avons constaté que le Medjalah, quoique étant une œuvre récente (datant d'une quarantaine d'années), n'est autre chose que la reproduction des opinions des jurisconsultes antérieurs qui ont prévalu dans la jurisprudence islamique, réunies sous une forme analogue à celle du Code Napoléon, ce qui est, d'ailleurs, expressément indiqué par les rédacteurs dans l'article premier.

subjective que nous avons cité ces deux articles, bien que l'article 2 seul se rapporte directement à la question que nous traitons.

B. — *Second critère. — Absence d'intérêt.*

158. Nul ne peut, d'autre part, user de son droit quand cet exercice est de nature à nuire à autrui, sans aucun profit pour lui-même (1).

Après avoir formulé nettement cette règle, les jurisconsultes classiques l'appliquent notamment :

a) En matière d'usurpation ;

b) En matière de louage ;

c) En matière de procédure.

159. *a)* En ce qui concerne l'usurpation, il est nécessaire de rappeler tout d'abord le texte de Chafe'y, conçu en ces termes : « Le propriétaire peut exiger qu'on lui rende la chose telle qu'elle était le jour de l'usurpation; mais l'usurpateur, en revanche, a le droit de rendre la chose telle qu'elle était le jour de l'usurpation, d'enlever toutes les améliorations qu'il a faites, même si cette mise en l'état primitif ne peut lui être d'aucun profit. »

Rappelons également l'opinion d'un des élèves directs de Chafe'y, Al Mozany, qui, corrigeant sur ce point son Maître, nous dit que « l'usurpateur ne peut exercer son droit lorsqu'il ne lui est d'aucun profit. »

Un droit était donc déjà, à cette époque, formellement reconnu à l'usurpateur, et il était admis, sauf par Chafe'y, qu'il ne pouvait l'exercer s'il n'y avait aucun profit.

---

(1) **Mohammad Al Zourqany**, *Charh' Al Zourqany*, t. III, p. 211-212.

Au cours de la période classique nous retrouvons toujours la même solution chez Ibn 'Abdin qui écrit ceci : « Dans le cas où une personne construit sur le terrain d'un tiers, avec des matériaux appartenant à ce tiers, on ne doit pas tolérer pour l'usurpateur l'exercice du droit de démolir les constructions qu'il a édifiées, et de rendre au propriétaire son terrain et ses matériaux tels qu'ils étaient le jour de l'usurpation, parce que cela ne peut lui être d'aucun profit. »

Il semble que nous soyons toujours là en présence d'un cas d'abus de droit, et non pas de défaut de droit. On n'enlève pas à l'usurpateur son droit de remettre les choses en l'état, on en suspend seulement l'exercice parce que cet exercice ne peut lui être d'aucune utilité.

L'usurpateur, il ne faut pas l'oublier, a toujours un droit qui doit même, dans une certaine mesure, être respecté. C'est ainsi que nous voyons Ibn 'Abdin raisonner sur l'hypothèse suivante : « Supposons qu'une personne prenne le drap d'autrui et le colore d'une teinture assez chère. Si l'on appliquait simplement les purs principes du droit, il faudrait reconnaître au propriétaire le droit de dire : « Rends-moi mon drap et enlève ta teinture. » Mais, on a écarté cette solution, et l'on a dit qu'il valait mieux vendre le drap au marché, rembourser au propriétaire la valeur intrinsèque de l'étoffe, et verser le surplus du prix de vente à l'usurpateur. En effet, dit Ibn 'Abdin, celui qui a été persécuté, ne doit pas lui-même persécuter » (2).

L'usurpateur a donc un droit : celui de recueillir le

---

(1) *Rad Al Meh'tar*, t. V, p. 159.

(2) *Rad Al Meh'tar*, t. V, p. 168.

bénéfice de la plus-value qu'il a donné à la chose. Et, inversement, le propriétaire a aussi un droit : celui de reprendre sa chose, mais il ne peut en user sans aucun profit pour lui, en forçant par exemple l'usurpateur à lui rendre le drap en enlevant la teinture.

b) Cette idée que l'exercice d'un droit est abusif lorsqu'il n'est pas motivé par l'intérêt du titulaire, se retrouve encore en matière de louage.

160. Les auteurs décident qu'en principe, le locataire n'a pas le droit de modifier en quoi que ce soit la chose qui lui est louée, et qu'il doit s'en servir en la laissant dans l'état où elle était au jour du contrat. Toutefois, en matière de louage de *Ouaqf* (bien de main-morte), Ibn 'Abdin apporte un tempérament à cette règle : « Supposons qu'un individu, après avoir loué une maison de *Ouaqf*, la détruise et la transforme en moulin ou en four de boulanger. Si cette transformation est profitable au *Ouaqf* lui-même et augmente son revenu, on ne peut la faire disparaître ; on doit laisser ce qu'a fait le locataire, et exiger seulement de lui, qu'il continue à payer la location de la chose, en tenant compte de la plus-value résultant de la transformation. Mais, si la transformation n'est pas profitable au bien, le juge peut exiger du locataire qu'il démolisse ses constructions, et remette la chose dans l'état où elle était au jour du contrat » (1). Ainsi donc, si en principe, le propriétaire a le droit de demander au locataire qu'il fasse disparaître toutes les transformations qu'il a pu opérer sur son bien, toutefois, lorsque ces transformations augmentent la valeur de la chose, le propriétaire ne peut plus exercer son droit, car il n'y a

(1) **Ibn Abdin,** *Rad Al Meh'tar,* t. V, p. 169.

plus le moindre intérêt; s'il l'exerçait, il y aurait abus de droit (1).

161. *c)* La même idée se retrouve en matière de procédure. C'est ainsi que le créancier, lorsqu'il a prouvé le chiffre de sa créance devant le juge, a le droit de demander contre son débiteur l'emprisonnement et la déclaration de faillite. Cependant, s'il est démontré que le débiteur ne possède rien, le juge ne doit pas donner suite à la demande du créancier, il doit laisser le débiteur en liberté, et ordonner que le créancier n'intente pas une autre action, à moins qu'il ne prouve que le débiteur a acquis de nouveaux biens. En effet, la raison d'être de l'emprisonnement, disent les juristes musulmans, ce n'est pas d'infliger une peine au débiteur et de le faire souffrir, mais de le contraindre à avouer ce qu'il possède (2). Par conséquent, le droit du créancier à demander l'emprisonnement de son débiteur ne peut être exercé dans le cas où le débiteur ne possède rien : ce droit, en effet, manquerait son but qui est d'amener le débiteur à présenter ses biens; il serait exercé sans intérêt pour le créancier; il y aurait ici encore un usage abusif.

D'autre part, les rapports du créancier et du débiteur en matière d'interdiction (déconfiture, faillite) sont également réglés par la théorie de l'abus des droits. Qady Zadah s'exprime, en effet, en ces termes : « Si un créancier demande l'interdiction de son débiteur, le juge doit la prononcer, et défendre désormais au débiteur la vente,

---

(1) Dans le même sens, Ibn Abdin nous dit : Dans le cas où un locataire apporte des améliorations au fonds qu'il a loué, lorsque le bail arrive à expiration, le propriétaire du fonds doit lui relouer le terrain de préférence à un autre. (**Ibn Abdin, t. V, p. 26**).

(2) **Ibn Abdin,** *Rad Al Meh'tar*, t. IV, p. 144.

l'aliénation et l'aveu, afin qu'il ne puisse plus léser ses créanciers. » On a permis l'interdiction du débiteur pour sauvegarder l'intérêt des créanciers, et par conséquent, pour l'empêcher de disposer de ses biens contre cet intérêt. S'il est interdit au débiteur de vendre ses biens, c'est qu'il les vendrait à un prix inférieur à leur valeur : telle est la signification de l'interdiction. Ainsi, la vente de biens à leur juste valeur ne doit pas être annulée, car alors le débiteur ne lèse pas l'intérêt de ses créanciers, et l'interdiction n'est prononcée que dans leur intérêt » (1). Ce serait donc de la part des créanciers une sorte d'abus de droit que de demander l'annulation d'une vente qui ne leur est en rien préjudiciable.

C. — *Troisième critère.* — *Préjudice général.*

162. Nul ne peut exercer son droit, quand cet exercice est de nature à porter un préjudice général aux tiers.

Cette idée, que les jurisconsultes musulmans formulent souvent de la façon suivante : « L'exercice d'un droit qui occasionne un préjudice général doit être évité » (2), ou encore : « L'ordre du Sultan est légal quand il a pour but d'éviter un préjudice général » (3), ou, enfin : « Il est légal de faire supporter un préjudice à un particulier pour éviter un préjudice général » (4), reçoit de nombreuses applications dans le droit musulman. Cela tient à ce que, comme nous l'avons dit ailleurs, il n'existe pas de droit administratif islamique. Beaucoup de questions régies par les règles de droit administratif dans les pays où ce

---

(1) **Qady Zadah,** *Nataïdj Al Afkar*, t. VII, p. 327-328.

(2) **Ibn Abdin,** *Rad Al Meh'tar*, t. V, p. 352.

(3) **Zaïla'y,** *Charh' Kinz Al Daqaïq*, t. VI, p. 147.

(4) *Le Medjalah*, art. 26.

droit existe sont résolues en droit musulman par l'application de cette règle. C'est sur elle que les juristes actuels, tels que mes éminents maîtres, les Chekh Mohammad Salamah et Mohammad Zeïd, ne craignent pas de s'appuyer pour justifier l'expropriation pour cause d'utilité publique. Les jurisconsultes de l'époque classique appliquent ce principe (4) :

a) Pour interdire l'accaparement ou l'exportation;

b) Pour permettre au Sultan de prendre des mesures rectrictives des droits particuliers pour sauvegarder l'intérêt général.

a) En ce qui concerne l'accaparement des denrées alimentaires et de toutes choses indispensables, nous avons eu déjà l'occasion d'en exposer les règles dans le chapitre précédent. Il est inutile d'y insister davantage.

Les mêmes mesures ont été prises contre le fermier qui, voyant une famine dévaster le pays, s'abstient de vendre, afin de favoriser encore la hausse des prix.

De telles idées ne sont cependant entrées que tardivement dans l'esprit des jurisconsultes musulmans. Avant Ibn 'Abdin, les juristes disaient, en effet, qu'on ne peut contraindre le fermier à vendre sa récolte parce qu'il a le droit de ne rien faire produire à sa terre, et que lui seul a des droits sur la récolte. Mais, Ibn 'Abdin déclare nettement que le fermier peut être contraint à vendre sa marchandise dans le cas où la collectivité en a besoin (5).

---

(4) *Charh' Morchid Al H'aïran*, t. I, p. 136.

(5) **Ibn 'Abdin**, t. V, p. 352. Comme le fait remarquer avec sa netteté de vue habituelle, M. Peltier, le savant professeur de la Faculté de Droit d'Alger, dont l'étude sur un chapitre du *Çah'ih' d'El Bokhâri* révèle une compréhension très intime de l'esprit du droit musulman, les sanctions attachées au délit d'accaparement ne

La même règle a été appliquée au marchand qui, sans accaparer, refuse cependant de vendre ses marchandises à des prix raisonnables pour en tirer un bénéfice exorbitant, par suite de la famine qui sévit dans le pays. Si, d'une façon générale, en droit, disent les juristes musulmans, toute personne peut disposer de son bien comme elle l'entend, le vendre au prix qui lui convient, cependant l'intérêt général peut autoriser le Sultan à contraindre les commerçants à vendre leurs denrées à des prix qui ne soient pas déraisonnables, après, toutefois, avoir consulté les personnes compétentes en la matière (1).

b) Toujours dans le but de sauvegarder l'intérêt général, le Sultan peut prendre des mesures restrictives particulières.

C'est ainsi que Zaïla'y nous dit que lorsque une personne possède un mur qui menace ruine, si ce mur donne sur une route et que le propriétaire néglige de le réparer, il peut être contraint à le démolir, et cela dans l'intérêt général (2).

Cette règle, formulée par les juristes postérieurs qui la font remonter à Abou Hanifah, est d'ailleurs reproduite

---

sont que l'application des principes prêchés par le Prophète. « La rubrique où il est parlé de l'accaparement, écrit-il, nous fait toucher du doigt la raison principale des dispositions du droit musulman sur les opérations usuraires. Il ne faut pas, dans un pays pauvre et dont la population est toujours sur le bord de la faim, que le riche puisse spéculer sur le besoin de son frère musulman. L'idéal économique du Prophète, c'est que chacun produise les denrées alimentaires dont il a besoin pour se nourrir et nourrir sa famille. Cet idéal ne saurait évidemment être réalisé ; il a donc bien fallu qu'il fut permis à celui qui n'a pas de blé ou de dattes de s'en procurer avec de l'argent. » **Peltier**, *Le livre des ventes du Çah'ih' d'El Bokhâri*, page 96.

(1) **Ibn Abdin**, *L. C.*

(2) **Zaïla'y**, *Charch, Kinz Al Daqaïq*, t. VI, p. 147.

par le Medjalah dans son chapitre des principes généraux article 26, ainsi conçu : « Le préjudice particulier doit être supporté pour éviter un préjudice général. »

De ces solutions, il ressort donc nettement que le titulaire d'un droit abuserait de ce droit si, en l'exerçant, il causait un préjudice à la collectivité.

D. — *Quatrième critère. — Préjudice excessif.*

163. De même, il y a abus du droit, dans le cas où son exercice entraîne pour les tiers un préjudice excessif.

Le préjudice excessif doit être évité, disent les juristes musulmans (1). Et l'on fait application de cette règle tant en matière de droits réels, qu'en matière de droits contracuels.

a) Droits réels.

164. En ce qui concerne les droits réels, les juristes nous disent que ces droits peuvent être exercés s'ils causent aux tiers, seulement un préjudice normal, mais qu'il y a abus quand leur exercice entraîne un préjudice excessif.

C'est ainsi que Zaïla'y déclare : « Sache que toute personne a le droit d'user de sa chose comme bon lui semble, à moins que cet usage ne soit manifestement et excessivement préjudiciable au voisin. Ainsi, il est permis au propriétaire d'un immeuble d'y installer un établissement de bains, car ce fait ne peut pas être considéré comme préjudiciable au voisin. Quant à l'humidité que provoque ordinairement chez le voisin l'installation d'un établissement de bains, c'est là, un effet que le voisin peut éviter en élevant un mur entre sa maison et l'établissement. Mais, si les voisins sont gênés par la fumée que

(1) **Ibn Abdin,** t. IV, p. 501.

dégagent les bains, ils ont le droit d'interdire au propriétaire l'exploitation de son établissement, à moins que les fumées ne soient semblables à celles qui se dégagent de chez eux. De même, le propriétaire d'un immeuble ne peut pas installer un moulin à farine, une forge ou un four de boulanger, car il est manifeste qu'il en résulte pour le voisin un préjudice excessif et apparent contre lequel ce dernier ne peut se garantir. Selon les principes généraux du Chari'a, et conformément au droit du propriétaire, ce dernier peut faire de telles installations, parce qu'il ne fait qu'exercer son droit; mais, si on lui interdit d'user de ses prérogatives, c'est pour sauvegarder l'intérêt des tiers » (1).

Cette idée se trouve encore exprimée chez Qady Zadah (2) et chez Ibn 'Abdin (3) qui, après avoir développé les mêmes arguments, nous donnent une définition précise de ce qu'il faut entendre par acte entrainant un préjudice excessif : « C'est, disent-ils, tout acte qui est de nature à provoquer la destruction de la chose d'autrui, ou à en diminuer la solidité, ou à la priver d'une qualité répondant à un besoin essentiel et sans laquelle il sera impossible d'user de la chose. »

Enfin, le Medjalah reproduit encore la même idée en son article 1198, ainsi conçu : « Toute personne a le droit d'élever son mur, de construire ce qu'elle veut, et son voisin n'a aucun droit de l'empêcher, à moins que la construction ne lui cause un préjudice excessif. » L'article 1199 définit le préjudice excessif de la même façon que

---

(1) Zaïla'y, *Charh' Kinz Al Daqaïq*, t. IV, p. 196.

(2) Qady Zadah, *Nataïdj Al Afkar*, t. V, p. 240.

(3) Ibn Abdin, t. IV, p. 501.

le faisaient les auteurs que nous venons de citer. Puis les articles 1200 à 1212 donnent les divers cas d'application de ce principe (1).

(1) Nous nous contentons de résumer ici les articles 1200 et 1212 qui nous ont paru les plus caractéristiques.

Article 1200. — Le préjudice excessif doit être évité de toute manière par celui qui installe à côté d'une maison, appartenant à autrui, une forge ou un moulin, dont les trépidations sont suffisantes pour compromettre la solidité de la maison voisine ; ou qui établit un four ou un pressoir dont les émanations constituent une incommodité insupportable pour les propriétaires voisins. Ce sont là des actes excessivement préjudiciables qui doivent être interdits de toute manière.

Il en est de même si une personne creuse sur son terrain, avoisinant la maison d'un tiers, un canal destiné à amener l'eau à son moulin et que cet aménagement provoque une humidité capable de compromettre la solidité de la maison voisine; ou bien si un propriétaire dépose sur son terrain, à proximité du mur de son voisin, des détritus dégageant de mauvaises odeurs susceptibles d'incommoder ce dernier. Ces faits sont considérés comme excessivement préjudiciables et les voisins ont le droit de contraindre le propriétaire du canal à le combler, et l'auteur du dépôt de détritus à les enlever.

Est également interdit le fait d'établir une meule de blé à proximité de la maison du voisin, dont la jouissance serait troublée par suite de la poussière dégagée au moment du battage. Le voisin a le droit de prendre toutes mesures pour s'éviter ces désagréments.

Il en est de même encore dans le cas où une personne construit un mur élevé à côté de la meule de son voisin, de façon à empêcher que cette meule reçoive l'air nécessaire à l'évacuation rapide des poussières au moment du battage. Le propriétaire de la meule a le droit de demander la démolition du mur.

Il y a aussi abus de la part de celui qui installe au milieu du marché des soies, un restaurant (dont la cuisine est en plein air selon l'habitude de l'Orient) et dont la fumée, dégagée par le four du restaurant, est susceptible de détériorer les marchandises des voisins; un tel établissement doit être interdit.

Enfin, si une conduite d'eau établie dans la propriété d'une personne vient à se rompre et qu'il en résulte un préjudice excessif pour le voisin, ce dernier pourra exiger du propriétaire de la conduite la réparation immédiate de celle-ci.

Article 1212. — Si une personne possède dans sa propriété un puits d'eau douce et que son voisin installe à côté de ce puits une fosse d'aisances, celui-ci pourra être contraint à la supprimer. De même, si une personne creuse à côté d'un puits un déversoir à eau de ménage, elle pourra en être empêchée.

La clarté avec laquelle les auteurs ont exprimé et défini la notion de préjudice excessif nous dispense d'entrer dans de plus longs commentaires sur cette première catégorie d'applications.

b) Droits personnels.

165. Les juristes musulmans ont également appliqué ce dernier critère de l'abus des droits en matière contractuelle, pour la formation des conventions et l'exercice des droits qui en naissent.

Ils ont tout d'abord posé le principe général suivant : « Lorsque les deux contractants sont majeurs on ne peut demander l'annulation d'une convention pour lésion excessive, à moins qu'elle ne soit accompagnée de dol. » (1). Mais, par dérogation, Ibn 'Abdin déclare nul le contrat pour la conclusion duquel une des parties a profité de la gêne, de l'embarras ou de l'ignorance de l'autre pour obtenir des conditions entrainant pour elle un préjudice excessif (2). Il fait application de ces idées au contrat de vente. « Si une personne profite du besoin où se trouve un individu d'acheter des aliments, des habits ou toute autre chose indispensable, pour les lui vendre à un prix bien supérieur à leur valeur réelle ; de même, si une personne va attendre une caravane hors de la ville, pour profiter de l'ignorance où se trouve le caravanier des cours pratiqués dans la ville, et lui acheter ainsi des objets à vil prix : dans ces cas, la vente est viciée et peut être annulée. » La même solution s'impose dans l'hypothèse suivante : « Une personne est dans l'obligation immédiate de vendre sa maison, par exemple pour éviter la poursuite

---

(1) **Ibn 'Abdin,** *Rad Al Meh'tar,* t. IV, p. 220.

(2) **Ibn 'Abdin,** t. IV, p. 144 et 183.

de ses créanciers ; si l'acheteur profite de ces circonstances pour acquérir l'immeuble à un prix de beaucoup inférieur à sa valeur, la vente doit être également annulée » (1).

166. Pour l'exécution du contrat, les juristes musulmans ont posé le principe suivant : « Nul ne peut se soustraire à l'engagement qu'il a contracté. » Cependant, ils ont admis que le « contrat de louage pouvait être résilié pour un motif » (2). Ils entendent par *motif*, la difficulté où se trouve le contractant d'exécuter son engagement, de telle sorte, qu'il ne peut le faire qu'en supportant un préjudice excessif » (3). A l'appui de ces idées ils donnent l'exemple suivant : « Une personne a engagé un domestique pour son service en ville ; or, elle se trouve dans l'obligation de partir ; c'est là un motif suffisant pour entrainer la résiliation du contrat, car celui-ci ne pourrait être exécuté sans entrainer un préjudice excessif pour les contractants. En effet, en ce qui concerne le domestique, le service en voyage est bien plus fatiguant qu'en ville, et pour le maître, l'interdiction de faire son voyage lui serait par trop préjudiciable. Rien de tel n'avait été stipulé dans le contrat, il y a donc là un motif suffisant de résiliation » (4).

Il s'agit là du motif légitime d'inexécution qui a,

---

(1) **Ibn 'Abdin,** *L. C.*

(2) **Ibn Al Hammam,** *Fath' Al Qadir*, t. VII, p. 222.

(3) **Ibn Al Hammam,** *L. C.*

(4) **Qady Zadah,** *Nataïdj Al Afkar*, t. VII, p. 223. Nous voyons, dans ce texte, les juristes de l'époque classique invoquer deux arguments pour justifier leur solution : le premier de ces arguments est le préjudice excessif ; le second, le fait que l'exécution du contrat dans ces circonstances ne serait pas conforme à ce que les parties ont prévu dans la convention. Ces arguments sont dirigés contre la théorie d'Al Chafe'y suivant laquelle : quand un contrat de louage est passé, il ne peut être résilié qu'à raison d'un vice de la chose louée.

d'après les auteurs musulmans, des liens très étroits avec la théorie de l'abus des droits.

167. Nous avons ainsi déterminé les signes distinctifs qui permettent de reconnaître clairement les cas dans lesquels il y a abus de droits, en ce qui concerne l'exercice des droits patrimoniaux.

Cette étude nous a montré qu'il faut renoncer à trouver, dans la jurisprudence musulmane, pour arriver à distinguer l'abus de l'usage du droit, ce critère unique et absolu, de caractère pratique et de maniement facile, que les auteurs français poursuivent avec tant de persévérance et qui pourrait bien être la pierre philosophale de la doctrine occidentale de l'abus des droits.

Elle nous a prouvé, en outre, combien il serait chimérique d'essayer de transporter, dans le droit musulman, la distinction entre les limitations d'ordre objectif et les limitations d'ordre subjectif apportées aux droits individuels, qui a été proposée récemment dans la civilistique française, pour délimiter les frontières respectives de la théorie du dépassement de droit et de la théorie de l'abus des droits. Les restrictions apportées à l'exercice des droits, par la doctrine mulsumane dont nous venons de suivre la formation historique, ne sont pas toutes tirées de considérations d'ordre subjectif, empruntées à la direction donnée à sa volition par le titulaire du droit. Si, parmi les critères musulmans de l'abus du droit, il en est un, l'intention de nuire, qui repose sur des recherches psychologiques de volontés individuelles, celui-là, du moins, s'encadre entre les trois autres critères de caractère nettement objectif, tirés, non pas de recherches sur le but intentionnel poursuivi par l'agent, mais de l'examen des conséquences matérielles produites par le fait d'exercice

du droit déclaré abusif. Et je dois ajouter que deux au moins de ces critères objectifs, le préjudice général et le préjudice excessif, sont d'un emploi certainement plus large et plus fréquent que le critère subjectif tiré de la direction malicieuse de la volonté.

Nous connaissons maintenant les principes qui dominent la théorie classique de l'abus des droits et déterminent son cercle d'application. Il nous reste à rechercher quels sont les moyens employés pour en assurer la réalisation pratique.

SECTION II

Les sanctions de l'abus des droits

168. Au cours de l'étude que nous venons de faire des éléments constitutifs de l'abus des droits dans la doctrine classique, nous avons eu déjà l'occasion d'indiquer la plupart des sanctions que les juristes édictent contre celui qui fait de son droit un usage abusif. Il nous suffira d'en présenter ici une classification très générale.

Ces sanctions peuvent être classées en quatre catégories :

1° Sanctions juridiques directes : réparation en nature ;

2° Sanctions juridiques indirectes : réparation en équivalent ;

3° Sanctions purement religieuses ;

4° Le Ta'zir : passage du cercle moral au cercle religieux des sanctions.

1° *Sanctions juridiques directes.*

169. Ces sanctions comprennent, tantôt l'interdiction d'exercer son droit, tantôt l'obligation de l'exercer dans certaines conditions et, en cas de refus, la substitution du juge au titulaire; enfin, elles comprennent la nullité de l'acte ou la résiliation du contrat.

A. *Interdiction d'exercer son droit*. — Cette interdiction frappe celui qui use de son droit contrairement à son intérêt : par exemple, l'interdiction du prodigue. Elle frappe encore celui qui exerce son droit dans la seule intention de nuire à autrui : c'est le cas de celui qui creuse un puits dans l'intention évidente de porter atteinte à la solidité du mur de son voisin, ou de celui qui creuse une fosse d'aisances à proximité du puits du voisin.

L'interdiction d'exercer son droit est prononcée aussi contre celui qui use de son droit alors que cet usage, sans lui être profitable, est de nature à nuire aux tiers. Tel est le cas de l'usurpateur qui a élevé sur le terrain d'autrui et avec des matériaux appartenant à ce dernier, une construction quelconque, et qui veut la démolir pour rendre la chose usurpée telle qu'elle était au jour de l'usurpation.

Enfin, la même interdiction frappe celui qui exerce son droit, alors que cet exercice est de nature à causer un préjudice excessif aux tiers : par exemple, celui qui veut édifier sur son terrain un établissement qui risquera de gêner considérablement les voisins.

B. *Obligation d'exercer son droit dans certaines conditions*. — Cette obligation est imposée à l'accapareur qui détient des marchandises indispensables dans le but de hausser leur prix ; au père qui, sans motif légitime, refuse de donner son consentement au mariage de sa fille.

Si l'accapareur s'obstine à ne pas mettre en vente les marchandises qu'il a entassées, le juge peut les faire vendre à sa place ; si le *Oualy* se refuse obstinément à consentir au mariage de la fille, le juge peut se substituer à lui et donner le consentement à sa place.

C. *Nullité de l'acte.* — Les juristes musulmans prononcent la nullité d'un acte, dans la matière des droits de famille, lorsque cet acte est le résultat de l'exercice d'un droit contrairement à sa finalité. C'est ainsi que, dans l'hypothèse où un père marie sa fille mineure avec un ivrogne, un débauché ou, d'une manière générale, un homme indigne d'elle, ils reconnaissent à la jeune fille le droit de réclamer l'annulation du mariage.

Ils admettent également, à propos de la vente, que, lorsque l'une des parties profite de l'embarras de l'autre pour lui imposer des conditions manifestement onéreuses, par exemple pour lui vendre un objet à un prix de beaucoup supérieur à sa valeur, la vente est viciée et peut être annulée.

2° *Sanctions juridiques indirectes.*

170. Ces sanctions se ramènent toutes à la réparation en équivalent du dommage causé par l'exercice abusif d'un droit. Elles s'appliquent spécialement aux cas où le dommage est passager, et se traduisent par le paiement de dommages-intérêts : dans le cas où un individu arrose son terrain dans l'intention de causer un dommage au champ de son voisin, c'est cette sanction que les juristes prononcent contre lui.

3° *Sanctions purement religieuses.*

171. Ce genre de sanctions intervient notamment dans les cas d'exercice abusif de certains droits de famille, lorsque

la réparation en nature du préjudice causé est impossible. C'est ce qui se produit lorsqu'un mari répudie sa femme sans motif légitime. La répudiation faite dans de telles conditions est valable, mais elle attire la colère de Dieu sur celui qui en est l'auteur. Le caractère au moins illicite d'un tel acte peut, à notre avis, servir de justification au quatrième genre de sanction que nous allons étudier : le Ta'zir.

4° *Le Ta'zir.*

172. Le Ta'zir est une institution particulière au droit musulman. Alors qu'en droit français, le principe est que toute peine doit être prévue dans un texte, ce que l'on exprime par cet adage : « Nulle peine sans loi »; dans le droit islamique, au contraire, à cause des affinités qui rattachent ce droit aux principes religieux, les jurisconsultes reconnaissent aux juges le droit du Ta'zir, c'est-à-dire le droit de prendre à l'égard d'un prévenu toutes les mesures de coercition qu'ils estiment nécessaires dans le cas où ce dernier a commis un acte immoral ou illicite dont le châtiment n'est prévu par aucun texte du Chari'a. Dans ce cas, le juge a pleins pouvoirs pour prononcer la peine capable, à son avis, d'empêcher le renouvellement de l'acte illicite. Contre l'un, il prononcera une peine anodine ; contre l'autre, au contraire, il usera d'une extrême sévérité. A l'égard de celui qu'une simple remontrance suffira à ramener dans le chemin du devoir, il fera preuve d'indulgence; à l'égard de celui que son tempérament brutal rend insensible à des procédés aussi doux, il usera, au contraire, de moyens violents : du fouet, des coups ou de l'emprisonnement. Certains auteurs musulmans reconnaissent encore au juge le droit d'infliger au prévenu une amende dont on lui fera grâce si, dans la

suite, il ne commet plus jamais l'acte à l'occasion duquel il est poursuivi (1).

Le tableau que nous venons de dresser des procédés de réalisation dont dispose la doctrine musulmane de l'abus des droits ne fournit-il pas, dans sa simplicité et sa sécheresse voulues, une dernière et décisive démonstration de la constatation de fait que nous avons vu poindre dès le début de notre étude et qui s'est imposée à notre esprit avec une force de plus en plus irrésistible à mesure que nous avançions dans le cours de nos recherches? N'achève-t-il pas de mettre en pleine lumière le caractère essentiellement mixte, mi partie éthique, mi partie juridique, d'une doctrine qui se meut aussi souvent sur le terrain de la morale, que sur le terrain du droit positif; qui, jusqu'à l'époque de sa fixation définitive, a joui de la plus grande liberté pour faire passer ses productions du premier de ces cercles dans le second et qui, même dans sa formule générale, a conservé, grâce à la fois, à la généralité de ses principes directeurs et à la souple variété de ses sanctions, l'aptitude à servir d'instrument à la pénétration progressive et incessante des prescriptions de la morale sociale dans le droit de la pratique judiciaire?

173. La théorie musulmane de l'abus des droits, sous la forme où nous l'avons rencontrée dans les écrits des jurisconsultes classiques, accuse, par rapport à la jeune doctrine correspondante d'Occident, une supériorité très apparente d'ampleur et de vitalité. Elle a une allure beaucoup plus résolue et beaucoup plus dominante. Les causes de ce phénomène doivent-elles être recherchées exclusi-

---

(1) **Qady Zadah**, *Nataïdj Al Afkar*, t. IV, p. 212.

vement, soit dans la nature religieuse du système juridique au sein duquel notre doctrine s'est déroulée, soit dans l'inexistence en droit musulman d'un certain nombre d'institutions autonomes de droit privé et de droit public qui se rencontrent d'ordinaire dans les législations occidentales et qui ont été suppléées chez nous par une large extension de la notion de l'abus des droits?

Je ne le crois pas. Cette divergence d'attitude vient sans doute aussi de la différence des âges et des degrés de développement. Elle est due, en grande partie, à ce que la doctrine occidentale entre à peine dans la période d'adolescence et lutte encore pour le droit à l'existence, alors que la doctrine islamique, imposée dès le début au respect des musulmans par la plus haute et la plus indiscutée des autorités, est arrivée depuis plus de cinq siècles à l'apogée de son développement. Les premiers défenseurs de la doctrine occidentale ont dû, pour lui obtenir la consécration législative en Allemagne et en Suisse, pour la faire pénétrer dans la civilistique française, donner l'allure la plus modeste et la moins combative possible à une nouveauté qu'ils savaient être de nature à heurter les habitudes d'esprit et les préjugés invétérés de leurs anciens. Il a fallu qu'ils se contentent d'abord de revendiquer pour elle un rôle d'arrière plan, en se plaçant, pour réclamer son intervention, dans l'hypothèse la plus favorable, dans le cas où le droit n'a visiblement été exercé que dans l'unique but de nuire à autrui.

174. Mais, avec les premiers succès remportés, l'ambition de ses représentants a grandi et déjà se dévoilent chez les plus hardis d'entre eux les véritables aspirations de la jeune doctrine. C'est ainsi que mon éminent maître M. le professeur Josserand écrit, en 1906, dans une de ses

notes du Dalloz (1). « Dans cette théorie de l'abus, il n'est pas possible de s'arrêter à mi-chemin et si la malveillance est considérée comme constitutive d'abus, c'est évidemment parce qu'elle ne représente pas le mobile en vue duquel le droit a été conféré par le législateur : et alors on est invinciblement conduit à traiter de même tout mobile autre que celui-ci; on ne verrait pas de raison à des sous-distinctions; il n'y a pour chaque droit qu'un motif légitime en dehors duquel son exercice devient générateur de responsabilité, si bien que pratiquement cette théorie de l'abus des droits se ramène à la notion de motif légitime. »

La même idée avait déjà été esquissée par notre savant maître, dès 1905, dans le livre que j'ai si souvent utilisé (1).

Après avoir démontré qu'on ne peut pas s'en tenir à l'intention malicieuse comme unique critère de l'abus des droits et qu'il faut assimiler, à ce point de vue, à la volonté de nuire la faute lourde comme dans l'exercice d'un droit, M. Josserand écrivait :

« Mais on ne saurait s'arrêter à cette nouvelle étape sans encourir le reproche d'inconséquence : la raison même qui a conduit la jurisprudence à faire de l'intention malicieuse et par suite de la faute lourde, un élément constitutif de l'abus des droits, nous commande de reculer encore les bornes de la théorie... Le mobile malicieux n'est pas le seul à être inopportun, à choquer l'ordre régulier des choses juridiques; tous les droits ont une destination,

---

(1) **Dalloz**, 1906, II, 106, sous Tribunal civil de Toulouse, 13 avril 1905.

(1) **Josserand**, *Abus des droits*, p. 56-58.

plus ou moins précise il est vrai, mais sans laquelle ils seraient condamnés, car, comme les races, comme les individus, ils sont appelés à disparaître dès qu'ils n'ont plus de raison de vivre. Et alors va s'élargir définitivement, en conformité de la raison et de l'équité, la notion d'abord ténue et vacillante de l'abus des droits. Un droit ne peut être réalisé impunément (et encore sous la réserve de la théorie du risque) qu'à la condition d'être mis par son titulaire au service d'un objectif licite, d'un motif légitime. Le mot légitime, c'est bien là le critérum exact, définitif, la pierre anguleuse de toute la théorie de l'abus des droits... Ainsi s'illimite la théorie de l'abus des droits en liant ses destinées à la notion du motif légitime. »

175. Le motif légitime de M. Josserand n'est autre chose que cette notion de la limitation du droit par sa destination sociale que avons rencontrée à la base de la théorie classique du droit musulman. Nous voyons donc déjà reparaître dans la doctrine française le fil conducteur dont Ghazaly a doté la science musulmane, qui a permis à cette dernière d'édifier sa théorie définitive et de découvrir, un à un, les divers critères distinctifs du mésusage du droit. Ce programme d'action que M. Josserand trace à la jeune doctrine française, l'idéal qu'il lui assigne comme but à atteindre est déjà réalisé, nous venons de le constater, depuis plus de cinq siècles dans la jurisprudence musulmane.

Le rapprochement de la théorie islamique de l'abus des droits peut donc permettre au comparatiste européen de dégager, en opérant bien entendu les retouches imposées par la différence des temps et des lieux, la physionomie que doit prendre une fois arrivée à l'âge de

la pleine virilité et à la phase de domination incontestée, une doctrine de morale juridique du genre de celle dont nous suivons en ce moment les premiers développements dans la civilisation occidentale.

Vu :
Lyon, le 23 Mai 1912,
Le Président de la Thèse,
Signé : EDOUARD LAMBERT.

Vu :
Lyon, le 25 Mai 1912,
Le Doyen de la Faculté,
Signé : FLURER.

Permis d'imprimer :
Lyon, le 25 Mai 1912,
Le Recteur de l'Académie,
Signé : JOUBIN.

